

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT.

DE LA
PROTECTION LÉGALE DES ENFANTS
D'UN PREMIER LIT
EN CAS DE SECOND MARIAGE.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue devant la Faculté de Droit de Paris, le Jeudi 17 Février 1898,
à deux heures,*

Par Léon DERKENNE.

Président : M. MASSIGLI.

*Suffragants : { M. WEISS, professeur.
 { M. DESCHAMPS, Agrégé.*

LILLE,

IMPRIMERIE L. DANIEL.

1898.

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT.

DE LA
PROTECTION LÉGALE DES ENFANTS
D'UN PREMIER LIT
EN CAS DE SECOND MARIAGE.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue devant la Faculté de Droit de Paris, le Jeudi 17 Février 1898,
à deux heures,*

Par Léon DERKENNE.

Président : M. MASSIGLI.

*Suffragants : { M. WEISS, professeur.
 { M. DESCHAMPS, Agrégé.*



LILLE,
IMPRIMERIE L. DANIEL.

1898.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE ET A MA MÈRE.

INTRODUCTION.

La situation des enfants nés d'une première union, en présence du second mariage d'un ou de leurs auteurs est digne du plus grand intérêt : elle a, depuis des siècles, préoccupé les législateurs et les jurisconsultes.

La nouvelle union contractée par un père ou une mère peut nuire à la personne ou aux biens de ses enfants du premier lit.

N'est-il pas à craindre, en effet, que le second conjoint de cet époux remarié et la nouvelle famille dans laquelle il est entré n'éprouvent pas des sentiments très favorables à l'égard de ces enfants étrangers, souvenir vivant de l'union dissoute ? Ne seront-ils pas amenés ainsi à exercer une influence néfaste sur l'exercice des droits accordés par la loi au père et à la mère pour la protection de la personne et des biens de leurs enfants : c'est-à-dire sur la puissance paternelle et sur la puissance tutélaire ?

La présence de cette descendance est nécessairement une cause de défaveur pour celui qui a l'intention de se remarier : que fera-t-il ? il tâchera de racheter cette défaveur en offrant de faire à son futur conjoint une donation, la plus considérable qu'il lui sera possible (1).

(1) Voir plus loin le préambule de l'*Édit des secondes noces*.

Mais, remarquons-le avec soin, cette donation portera certainement préjudice aux enfants du premier lit, et à ce point de vue elle diffère complètement des donations faites entre époux quand il n'existe que des enfants communs : car si ceux-ci ne trouvent pas les biens donnés dans la succession de leur auteur donateur, ils peuvent au moins espérer en avoir leur part comme héritiers de leur auteur donataire ; au contraire, les biens dont un époux remarié se dépouille gratuitement en faveur de son nouveau conjoint sont nécessairement perdus pour les enfants du premier lit du donateur : parce qu'ils ne sont pas héritiers du donataire.

On voit combien les secondes noces peuvent être funestes à l'intérêt des enfants issus de la première union ; aussi depuis les empereurs romains Valentinien II, Théodose le Grand, Théodose II, Justinien, cet intérêt a été la base des dispositions législatives sur les Secondes Noces.

Avant cette époque la situation si intéressante des enfants du premier lit avait été méconnue.

Pendant les premiers siècles de Rome, en effet, le législateur ne prononça contre ceux qui contractaient de nouveaux mariages, ni déchéance, ni incapacité particulière : il prit seulement certaines précautions pour éviter la confusion de part.

Vers la fin de la République, le mariage tombe dans le plus complet discrédit : Rome, décimée par la guerre et la proscription, accélère encore sa dépopulation en abandonnant la seule institution destinée à recruter sa population libre.

Auguste s'efforça de combattre ce mal par les lois *Julia de maritandis ordinibus*, *Pappia Poppea*, et *Julia de adulteriis*; il encouragea les premiers et seconds mariages au moyen de récompenses honorifiques et surtout pécuniaires, et il punit le célibat; mais il ne fit rien pour améliorer la situation de la descendance issue d'une première union; son but était tout autre. Les lois caducaires eurent peut-être pour résultat d'accroître la quantité des justes noces; en tous cas elles dégradèrent cette institution, elles la souillèrent en la faisant reposer uniquement sur l'amour du gain.

C'est alors qu'apparut le christianisme: il s'efforça de rendre au mariage sa dignité perdue, en le faisant considérer comme une union essentiellement morale fondée sur la dignité de l'homme et de la femme, il chercha à faire disparaître la réprobation et la persécution organisées législativement contre le célibat, il montra aussi à quels dangers les secondes noces exposent les intérêts des enfants d'un premier lit:

« En effet, la tendresse maternelle est un fardeau pour la mère (qui s'est remariée), elle redoute d'aimer ses enfants, elle rougit de les regarder: ce qui généralement est une source d'affection, d'amour réciproque pour les parents, se transforme en un brandon de discorde. Elle veut encore concevoir des enfants; ils seront non pas les frères, mais les adversaires de ceux qu'elle avait déjà! elle n'aura ainsi abouti qu'à un seul résultat: à la spoliation des enfants du premier lit auxquels elle enlève et son amour et ses richesses » (1).

(1) « *Molesta pietas, ut amare liberos metuas, aspicere liberos erubescas; atque inde oriatur causa discordiæ. unde solet mutuus*

Ces idées nouvelles ne tardèrent pas à pénétrer dans les institutions juridiques.

Constantin supprima les lois caducaires. Puis les empereurs chrétiens Valentinien, Théodose le Grand, Théodose II, Justinien appréciant l'influence des secondes noces en elles-mêmes, les envisageant surtout dans leurs rapports avec les enfants d'un premier lit, s'occupèrent de l'intérêt de ces enfants jusque-là négligé.

C'est ainsi qu'arriva ce fait capital : « l'avènement de l'intérêt des enfants dans l'organisation du système des secondes noces, intérêt jusque-là méconnu et mis en lumière par les idées chrétiennes, intérêt immense dominant dans notre civilisation moderne (1) ».

Les dispositions ainsi édictées par le législateur romain se rapportaient à deux ordres d'idées différentes. Les unes avaient pour but de combattre la mauvaise influence des seconds mariages sur la tutelle et l'éducation des enfants, les autres veillaient à ce que les enfants ne fussent pas, dans une trop grande mesure, dépouillés au profit des nouveaux époux des biens qui, naturellement et équitablement, doivent leur être laissés par leurs parents. Au sujet des premières, le législateur présumait que l'homme, en se remariant, ne subirait pas d'influence pernicieuse, aussi visait-il seulement la femme ; elle était

amor mulcere affectus parentum. Generare liberos vis, non fratres futuros tuorum : sed adversarios filiorum. Quid est ergo generare alios liberos nisi spoliare quos liberos : quibus pariter auferuntur et pietatis officia et compendia facultatum ».

ST-AMBROISE, *De Viduis*, cap. XV, n° 88, page 262, *Patrologiæ latinæ cursus completus*, J. B. Migne.

(1) TROPLONG. *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 170.

en général incapable d'être tutrice : cependant, elle pouvait obtenir la tutelle de ses enfants avec une autorisation spéciale de l'empereur (1), Théodose, Valentinien et Arcadius exigèrent comme condition spéciale de cette autorisation que la femme prêtât le serment de ne pas se remarier (2) : en se remariant elle perdait la tutelle et devait faire nommer un nouveau tuteur sous peine de perdre tout droit à la succession de son enfant décédé impubère (3) et de rendre responsable, de toute la gestion, son nouveau mari, dont les biens seraient grevés de l'hypothèque légale au profit des pupilles (4).

Justinien ajouta d'abord comme sanction à la violation de ce serment la peine de l'infamie et les déchéances frappant les femmes remariées dans l'année de deuil (5).

Il remplaça ensuite le serment par une autre formalité : la renonciation au sénatus-consulte Velleien, accompagnée d'une déclaration faite par la femme de ne pas se remarier (6) : elle était par son convol passible de toutes les déchéances antérieurement établies.

Il ne suffisait pas au législateur romain de statuer ainsi sur la tutelle : car le tuteur ne s'occupant alors que de la fortune du pupille et non de sa garde ni de son éducation, il eût pu arriver que la mère sans être tutrice eût cependant été chargée de l'éducation de ses enfants du premier lit ; les secondes noces pouvant porter préju-

(1) L. 18 D. De tutel. 26. 1.

(2) L. 2 C. Quando mulier tut. 5. 35.

(3) L. 6 C. Ad. S. C. Tertul. 6. 56.

(4) L. 6 C. In quibus caus. pign. v. hyp. tac. contr. 8. 15.

(5) Nov. 22, ch. 40. — L. 1. C. De Sec. nup. 5. 9.

(6) Nov. 94, ch. 2.

dice à cette éducation, Alexandre Sévère enleva à la mère remariée le droit de diriger cette éducation (1), Justinien confirma cette décision (2).

Les mesures les plus célèbres édictées en faveur des enfants du premier lit, sous la législation romaine, ne sont pas celles dont nous venons de parler : elles sont contenues dans deux constitutions connues sous le nom de : loi *Femine quæ*, des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (en 382) et : Loi *Hac Edictali* des empereurs Léon et Anthémios (en 469). Ces dispositions furent confirmées et complétées par des constitutions postérieures et par des Nouvelles de Justinien.

D'après la loi *Femine quæ* (3) la veuve, ayant des enfants d'un premier lit, devait en se remariant, conserver tous les biens qu'elle avait reçus à titre gratuit de son premier mari, pour les transmettre à ses enfants issus de la première union. On étendit postérieurement cette disposition aux veufs (4). La mère avait d'abord conservé le droit de disposer de ces biens au profit de l'un de ses enfants, par conséquent de les répartir entre eux d'une façon inégale (5) : Justinien supprima cette faculté (6). La disposition légale dont il s'agit ne pouvait être invoquée que par les enfants qui acceptaient la succession du dernier mourant des père et mère (7) : Justinien supprima

(1) L. 1. C. Ubi. pup. educ. 5, 49.

(2) Nov. 22, ch. 38.

(3) L. 3. C., de Sec. nup. 5. 9.

(4) *Constitution de Théodose et Valentinien en 439.* L. 5. C. De Sec. nup. 5. 9.

(5) L. 3, pr. et 5 pr. De Sec. nup. 5. 9.

(6) Nov. 2, ch. 1 et 22, ch. 25.

(7) L. 5 § 1 C. De Sec. nup. 5. 9.

cette condition, et décida que tous les enfants du premier lit pourraient invoquer le bénéfice de la loi *Feminæ quæ* même sans accepter la succession, pourvu toutefois qu'ils ne se soient pas montrés ingrats envers leur père ou leur mère (1).

D'après la loi *Hac Edictali* (2), il était défendu à l'homme ou à la femme qui se remariait, ayant des enfants d'un précédent mariage, de donner à son nouvel époux plus qu'une part d'enfant le moins prenant. La réduction des libéralités excédant cette mesure ne pouvait primitivement être demandée que par les enfants du premier lit, qui seuls en profitaient (3) : Justinien appela tous les enfants, même ceux du second lit, au partage de la partie retranchée (4), plus tard il revint à la disposition de la loi *Hac Edictali* (5).

Toutes ces dispositions légales furent appliquées à la Gaule, province romaine, elles ne disparurent pas d'une manière complète lors de l'invasion des barbares. En effet, les peuples conquérants rédigèrent bientôt leurs lois : Lois ripuaire, salique, des Bourguignons, des Wisigoths. Or, dans tous ces monuments législatifs on retrouve les traces, quelquefois même les reproductions, des dispositions romaines relatives à notre sujet.

Ce ne fut donc pas à cette dernière époque que l'intérêt des enfants d'un premier lit fut le moins l'objet de dispo-

(1) Nov. 22, ch. 26 § 1.

(2) L. 6. C. De Sec. nup. 5. 9.

(3) L. 6. pr. C. De Sec. nup. 5. 9.

(4) L. 9 pr. C. De Sec. nup. 5. 9.

(5) Nov. 22. ch. 27.

sitions légales destinées à le protéger : dorénavant la période, pendant laquelle ces enfants seront le moins secourus par la loi, se place, semble-t-il, au commencement de la législation féodale ; alors, en effet, les veuves nobles ou roturières étaient obligées de se remarier pour continuer à remplir le service de corps (1) et la loi n'apportait pas de remèdes correspondant aux dangers que pouvait courir l'enfant issu d'une première union, en présence de ce convol.

Mais, dans les coutumes, nous retrouvons des dispositions édictées sous l'influence de la législation romaine et empreintes de son esprit. Ainsi, il était généralement admis que la mère, en se remariant, perdait la tutelle de ses enfants du premier lit ; cependant les parents les plus proches pouvaient accorder cette tutelle au nouveau mari de la mère (2). Celle-ci, en se remariant, devait faire nommer un nouveau tuteur et rendre compte de sa gestion, sinon elle était privée de la succession de ses enfants du premier lit (3) ; le nouveau mari était responsable de l'administration de la mère, et ses biens étaient grevés d'une hypothèque légale au profit des pupilles (4).

Ce fut aussi pour protéger les enfants issus de précé-

(1) *Recueil des Historiens des Croisades*, par le comte BEUGNOT. Lois 1^{er} vol. Assises de Jérusalem, *Livre de Jacques d'Hélin*, chap. 177, page 279 et 467, *Livre de Philippe de Navarre*, chap. 86, page 559.

(2) DUPIN, *Peines de secondes noccs*, t. 3, chap. 8, n^{os} 3 et 4.

(3) DUPIN, *op. c.*, t. 3, ch. 4, n^{os} 34 et 36.

(4) DOMAT, *Lois civiles*. Livre 2, titre 1, section 3, n^o 37. Édition Remy, page 421. — DUPIN, *op. c.*, t. 3, chap. 8, n^o 25.

dents mariages, que la coutume de Paris (art.268) décida que le convol d'une personne mettrait fin à son droit de garde noble ou de garde bourgeoise, c'est-à-dire, au droit qui appartenait au survivant de deux époux nobles ou bourgeois de Paris, de jouir, moyennant certaines charges, des biens de ses descendants, jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge. D'après la coutume d'Orléans (art. 23) le gardien noble pouvait conserver son droit, mais moyennant caution. Dans cette coutume, la garde bourgeoise était une simple tutelle légitime, soumise aux déchéances de la tutelle. (1)

La situation pécuniaire des enfants d'un premier lit fut l'objet d'une disposition législative de François II (juillet 1560). Cette disposition est connue sous le nom d'*Edit des secondes nocés*; elle comprenait deux chefs, dont le premier correspondait à la loi Hac Edictali, et le second à la loi Feminæ quæ (2).

(1) POTHIER, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, section IV, § 2, n° 65 et suivants. Édition Bugnet, t. 6, page 515.

(2) « Comme les femmes veuves ayant enfant ou enfants, sont souvent invitées à de nouvelles nocés ; et ne connaissant pas être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, et sous prétexte et faveur du mariage, leur font donations immenses, mettant en oubli le devoir de nature envers leurs enfants, de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles se dussent éloigner par la mort des pères, que, les voyant destitués du secours et aide de leur père, elles devraient par tous moyens s'exercer à leur faire le double office de père et de mère ; desquelles donations, outre les querelles et divisions entre les mères et enfants, s'ensuit la désolation des bonnes familles, et conséquemment diminution de la force de l'état public : à quoi les anciens empereurs zélateurs de la police, repos et tranquillité de leurs sujets, ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et constitutions, sur ce par eux faites, et nous, pour

Voici quelle fut l'application que firent de cet édit les anciens auteurs et la jurisprudence :

Le *premier chef* fut appliqué, d'une part, aux veuves et aux veufs qui se remariaient, (1); et d'autre part, non seulement au nouvel époux lui-même, mais encore à ses ascendants, à ses descendants, ou à toute personne interposée en faveur de ce nouvel époux, dans ce dernier

la même considération, et entendant l'infirmité du sexe, avons loué et approuvé icelles lois et constitutions... »

« Ordonnons que femmes veuves, ayant enfant ou enfants de leurs enfants, si elles passent à nouvelles noces, ne peuvent et ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens, meubles, acquêts ou propres à leurs nouveaux maris, père, mère, ou enfants desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants ; les donations par elles faites à leurs nouveaux maris seront réduites et mesurées à la raison de celui des enfants qui en aura le moins.

« Et au regard des biens, à icelles veuves acquis par dons et libéralités de leurs défunts maris, elles ne peuvent et ne pourront faire aucune part à leurs nouveaux maris ; mais elles seront tenues de les réserver aux enfants communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité desquels iceux biens leur seront advenus. Le semblable voulons être gardé es-biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de leurs défunes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire don à leurs secondes femmes ; mais seront tenus de les réserver aux enfants qu'ils ont eus de leurs premières.

» Toutefois, n'entendons par ce présent notre Edit bailler aux dites femmes plus de pouvoir et liberté de donner et disposer de leurs biens qu'il ne leur est loisible par les coutumes des pays auxquelles par ces présentes n'est dérogé, en tant qu'elles restreignent plus avant la libéralité desdites femmes ».

Recueil général des anciennes lois françaises, par JOURDAN et autres, t. 14, page 36.

(1) RICARD, Donations, 3^e partie, n° 1186. Édition Degoutte (1783) page 732. POTHIER, *Du Contrat de mariage*, n° 537. Édition Bugnet, tome 6, page 247.

cas, les enfants de l'époux remarié devaient faire la preuve de l'interposition (1).

Tous les avantages directs et indirects faits par l'époux remarié à son nouveau conjoint, ou à personnes interposées, étaient soumis à la réduction ; ainsi, par exemple, les avantages résultant des conventions matrimoniales et en particulier du régime de la communauté légale (2), exception était cependant faite dans ce dernier cas pour les successions mobilières échues à l'époux remarié, et pour le douaire conventionnel de la femme jusqu'à concurrence de son douaire coutumier (3).

L'action en réduction pouvait être exercée, si au décès de l'époux remarié, (4) il existait des enfants du précédent mariage, même ne venant pas à la succession de leur auteur (5), et si les avantages faits au nouvel époux ou à la personne interposée étaient supérieurs à la part que l'enfant du premier lit de l'époux remarié, qui prenait le moins dans la succession de son auteur, avait le droit d'y recueillir (6).

Cette dernière quotité était le maximum de ce dont pouvait disposer, au profit de tous ses nouveaux époux réunis, une personne qui, ayant des enfants d'un premier lit, contractait plusieurs mariages consécutifs (7).

(1) POTHIER, *op. c.*, n^{os} 539 et 543 (pages 249 et 250).

(2) POTHIER, *op. c.*, n^{os} 549 et 551, (page 253). RICARD. *op. c.*, n^{os} 1192 et suivants, (page 733).

(3) POTHIER, *op. c.*, N^{os} 553 et 557, (pages 256 et 258).

(4) RICARD, *op. c.*, n^o 1276, (page 751).

(5) POTHIER, *op. c.*, n^{os} 568, 569, 560, (page 264). RICARD. *op. c.*, n^o 1278, (page 475).

(6) POTHIER, N^o 561, (page 260).

(7) POTHIER, *op. c.*, n^{os} 538 et 566, (pages 248 et 262).

Lorsque l'époux remarié avait donné à son nouveau conjoint « une part d'enfant », on traitait cette libéralité comme une institution contractuelle, et elle devenait caduque par le prédécès du donataire sans postérité (1). En supposant qu'un donateur, ayant fait une telle libéralité, vint à mourir sans postérité, on décidait généralement que le donataire avait droit à la moitié des biens du disposant (2).

L'action en réduction, une fois ouverte, pouvait être intentée par les enfants du second mariage, lorsque ceux du premier négligeaient ou refusaient de l'exercer. Le bénéfice, qui en résultait, était partagé entre tous les enfants sans distinction de lit (3).

Au sujet du partage du montant de l'excédant retranché, il s'élève, dans certains cas (4), une question que les anciens auteurs ne résolvaient pas tous de la même façon. C'est celle de savoir si cet excédant doit être réparti, seulement entre les enfants (sans distinction de lit), ou entre les enfants et le nouveau conjoint.

Pothier et Ricard admettaient la négative (5) en se fondant sur ce que les dispositions de la législation romaine, approuvées par l'Édit, n'appelaient pas le nouvel époux à ce partage (6).

(1) POTHIER, *op. c.*, nos 595 et 596 (page 274).

(2) POTHIER, *op. c.*, n° 598 (page 276) ; RICARD, *op. c.*, n° 589 ; DENIZART, au mot *Noces*, n° 25.

(3) POTHIER, *op. cit.*, n° 567 (page 263).

(4) Voir nos 196 et suiv.

(5) POTHIER, *op. cit.*, n° 594 (page 274) ; RICARD, *op. c.*, nos 1319 et 1320 (page 760).

(6) *Loi Hac Edictali* (L. 6. pr. C. De Sec. nup., 5. 9.). Nov. 22, cap. 27.

Renusson (2) était partisan de l'opinion contraire. En effet, disait-il, si le second conjoint n'était pas reçu à partager avec les enfants la portion retranchée, il se trouverait qu'il aurait moins que l'enfant le moins prenant; car cet enfant a déjà, dans les biens restés à son auteur et qui se trouvent dans sa succession, autant que le second conjoint dans ce qui reste de la donation qui a été réduite à cette part. Si cet enfant, outre cela, prenait une part dans la portion de biens qui a été retranchée de la donation, sans que le second conjoint fût admis à prendre une pareille part; le second conjoint aurait moins que cet enfant, qui aurait de plus que lui sa part dans la portion retranchée.

Pothier et Ricard répondaient à ceci, en prétendant que l'enfant le moins prenant ne reçoit pas ainsi de son auteur une portion plus forte que celle qui est accordée au second conjoint : car ce que cet enfant a dans les biens retranchés de la donation, il ne le tient que de la loi : il ne le tient pas de son auteur, qui, au contraire, a voulu l'en dépouiller, pour le donner au second conjoint.

Le *second chef* de l'Edit des secondes nocés s'appliquait aux avantages qu'un veuf ou une veuve avait reçus de son premier époux : L'époux remarié qui avait acquis, à titre gratuit, des biens de son premier conjoint, était chargé, par une espèce de substitution fideicommissaire de les remettre aux enfants issus de son mariage avec le donateur, et ces derniers les partageaient comme des biens héréditaires (1).

La disposition finale de l'Edit permettait aux coutumes

(1) RENUSSON, *Traité de la Communauté*, 4^e partie, ch. 3, n^o 67.

(2) POTHIER, *op. c.*, n^{os} 604 et suiv. (pages 279 et suivantes).

de restreindre davantage la capacité des conjoints remariés : Aussi la coutume de Paris (art. 279) et la coutume d'Orléans (art. 203) étendirent aux conquêts de communauté la prohibition contenue dans le second chef de l'Edit (1). Cette règle, appliquée d'abord seulement à la femme, fut étendue postérieurement à l'homme, par deux arrêts du Parlement de Paris : l'un appelé vulgairement l'arrêt des Poitevins, l'autre du 4 mars 1697 (2). Il faut remarquer que ces conquêts de communauté étaient partagés entre tous les enfants de l'époux remarié, sans distinction de lit, tandis que les biens donnés par un précédent conjoint étaient partagés seulement entre les enfants de ce conjoint (3).

Il faut aussi considérer comme une extension de l'Edit des secondes noces, les déchéances édictées par Henri III dans l'art. 82 de l'ordonnance de Blois, (en mai 1579) contre les veuves qui ayant des enfants se remariaient avec un homme indigne de leur condition (4).

(1) POTHIER, *op. c.*, n° 628, (page 288).

(2) POTHIER, *op. c.*, n° 636, (page 295).

(3) POTHIER, *op. c.*, n° 629, (page 289).

(4) « D'autant que plusieurs femmes veuves, même ayant enfants d'autres mariages, se remariaient follement à personnes indignes de leur qualité, et qui pis est, les aucunes à leurs valets. Nous avons déclaré et déclarons tous dons et avantages qui par les dites veuves ayant enfants de leurs premiers mariages, seront faits à telles personnes, sous couleur de donation, vendition, association à leur communauté, ou autre quelconque, nuls et de nul effet ou valeur : et icelles femmes, lors de la convention de tels mariages, avons mis et mettons en l'interdiction de leurs biens ; leur défendons les vendre, ou autrement aliéner en quelque sorte que ce soit ; et à toutes personnes d'en acheter, ou faire, avec elles autres contrats par lesquels leurs biens puissent être diminués, déclarons lesdits contrats nuls et de nul effet et valeur. » *Recueil général des anciennes lois françaises*. (voir plus haut) t. 14 page 424.

Telle fut, pendant un nombre considérable d'années, la protection accordée par la loi aux enfants nés d'une première union ; cette situation ne se modifia que pendant la législation intermédiaire.

En effet, la loi du 17-21 nivose an 11. (art. 14) défendit, aux époux ayant des enfants d'un premier lit, de disposer l'un en faveur de l'autre, d'une part supérieure à l'usufruit de la moitié des biens, et, dans son art. 61, elle abrogea toutes les lois et coutumes de l'ancien droit relatives à la transmission des biens par succession et donation : elle abrogeait ainsi particulièrement l'Edit des secondes noces et la législation romaine en ce qu'elle avait continué de régir, dans les pays de droit écrit, la situation qui nous préoccupe.

Quelques années plus tard, une nouvelle législation prenait naissance et statuait à nouveau sur les seconds mariages ; ses rédacteurs ont, dans leurs travaux préparatoires, montré nettement quel but ils voulaient atteindre en cette matière. L'un d'eux disait en effet. « L'expérience de tous les temps a prouvé combien la loi devait veiller à ce qu'un second époux ne put trop préjudicier à des enfants dont l'origine ne laissait que trop souvent des souvenirs importuns » (1) « Les règles édictées doivent être attribuées moins à la défaveur des seconds mariages, qu'à l'obligation où sont les pères et mères qui ont des enfants, de ne pas manquer à leur égard, lorsqu'ils forment de nouveaux liens, aux devoirs de la paternité. » (2)

(1) JAUBERT au Tribunat dans la séance du 9 floréal an XI. FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XII, page 621.

(2) Exposé des motifs au Corps législatif par Bigot-Préameneu, FENET, XII, page 573.

Le législateur a donc voulu, avant tout, protéger l'intérêt des enfants issus d'une première union, et apporter à l'amour conjugal le tempérament de l'amour paternel. (1)

Quelles sont donc les dispositions que le Code civil a édictées pour atteindre ce but ?

C'est ce que nous essayerons d'examiner dans cette étude.

Nous la diviserons en *deux parties* :

La *première partie* sera destinée aux mesures de protection concernant la **personne** des enfants.

La *seconde partie* traitera des dispositions sur les **Intérêts pécuniaires** des enfants du premier lit.

(1) Voir FENET, tome XII, page 268.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE DES ENFANTS ISSUS DU PREMIER LIT.

1. Le Code Civil dans son livre premier consacre plusieurs articles à la protection de la personne des enfants d'un premier lit contre les secondes noces de l'un ou de leurs auteurs. Ces dispositions se rattachent à la puissance paternelle, à la tutelle et à la garde.

La loi a déposé ces pouvoirs entre les mains de certaines personnes pour en user dans le plus grand intérêt des enfants. Or, il était à craindre qu'en se remariant, ces personnes ne méconussent ce devoir. Le législateur, prenant en mains l'intérêt des enfants du premier lit, s'est efforcé de conjurer ce danger dans les articles 302, 380, 381, 386, 395, 396. Nous étudierons ces dispositions en examinant d'abord l'hypothèse où le premier mariage a été dissous par *la mort* de l'un des conjoints. (Titre premier : **De la puissance paternelle**, et titre deuxième : **De la tutelle**). Nous verrons ensuite (titre troisième : **De la Garde**), que l'art. 302 du Code Civil remédie à la situation précaire dans laquelle pourraient se trouver les enfants issus d'un mariage brisé par *le divorce*, lorsque celui auquel ils avaient été confiés, convole à de nouvelles noces.

TITRE PREMIER.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

2. Pendant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle appartient seulement au père. Lorsque la mort de l'un des époux brise l'association conjugale, cet exercice appartient au survivant.

Si ce survivant se remarie, peut-il encore exercer la puissance paternelle et ses attributs dont les principaux sont : le droit de garde ou de surveillance, de correction, de jouissance légale ?

Il est nécessaire pour répondre à cette question de distinguer entre le second mariage du père, et le second mariage de la mère.

CHAPITRE PREMIER.

Second mariage du père.

3. Le père, en se remariant, conserve la puissance paternelle, et son convol n'influe que sur l'un des attributs de cette puissance, sur le droit de correction.

4. Généralement, en effet, le père a le droit de faire

enfermer, hors de la maison paternelle l'enfant mineur et non émancipé qui lui a donné des sujets très graves de mécontentement. Il exerce ce droit soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition. Dans le premier cas, il peut, sans donner de motifs exiger du président du tribunal d'arrondissement la délivrance de l'ordre d'arrestation. Dans le deuxième, il peut seulement solliciter cet ordre ; il doit faire connaître ses motifs au président du tribunal qui, après en avoir conféré avec le procureur de la République, délivre l'ordre ou le refuse.

Lorsque le père est remarié, il ne peut faire détenir son enfant du premier lit que par voie de réquisition (art. 380).

5. Mais peut-il le faire détenir pendant un mois ou pendant six mois ?

Rappelons d'abord les dispositions du Code Civil à ce sujet :

« Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois.... (art. 376).

« Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus ; il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur de la République, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père » (art. 377).

« Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'art. 377 » (art. 380).

Quel est le sens de ces mots : *est tenu de se conformer à l'art. 377* ? Signifient-ils que le père remarié peut quel

que soit l'âge de son enfant du premier lit, le faire détenir pendant six mois, mais seulement par voie de réquisition ?

Nullement ; par cette expression, l'article ne veut pas parler de la *durée* de la détention qui pourra être infligée à l'enfant révolté : ceci n'est plus en question puisque le législateur a décidé en principe que : l'enfant âgé de moins de seize ans ne pourra être détenu pendant un temps excédant un mois ; s'il est âgé de plus de seize ans la détention pourra durer six mois.

Mais le législateur a craint que le père ne subissant l'influence de sa nouvelle femme n'abusât de son droit de correction ; aussi restreignant dans l'art. 380 l'exercice de ce droit, il a décidé que le père pourrait faire détenir son enfant du premier lit, seulement dans la *forme* prescrite par l'art. 377, c'est-à-dire par voie de réquisition.

Cet art. 380 a été certainement édicté en faveur des enfants du premier lit ; or, si l'on décidait que, dans tous les cas, ils pourront être détenus pendant six mois, on arriverait à un résultat étrange : l'art. 380 ferait aux enfants du premier lit une situation toute désavantageuse : puisque, en principe, le maximum de six mois s'applique seulement aux enfants âgés de plus de seize ans.

Ne voit-on pas d'ailleurs le peu de logique d'une disposition qui en définitive signifierait ceci : Quand le père ne sera pas remarié, l'enfant âgé de moins de seize ans ne pourra être détenu que pendant un mois ; quand le père sera remarié, cet enfant pourra subir une détention de six mois.

Nous répondrons donc à la question posée plus haut en disant :

Le maximum de la durée de la détention sera de six mois ou d'un mois selon que l'enfant du premier lit aura ou n'aura pas seize ans, mais dans tous les cas, le père ne pourra obtenir cette détention que par voie de réquisition (1).

6. Lorsque le président du tribunal aura statué sur la demande du père remarié (ou encore sur la demande de la mère remariée, tutrice et agissant en tant que tutrice) (2), l'enfant contre qui la décision a été prise peut se pourvoir contre cette décision.

L'art. 382 alinéa 2, dit en effet :

« L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procureur général près la Cour d'appel. Celui-ci se fera rendre compte par le procureur de la République, près le tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la Cour d'appel, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance ».

L'alinéa premier de cet article ne parle, il est vrai, que de l'enfant détenu par voie de réquisition, comme ayant *des biens personnels ou exerçant un état*, sans viser spécialement les hypothèses qui nous préoccupent, il dit :

« Lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, en la forme prescrite par l'art. 377 ».

(1) Dans ce sens DEMOLOMBE, t. 6, n° 329. AUBRY et RAU, t. 5, § 550, note 21. DEMANTE, t. 2, n° 125 *bis*.

(2) Voir n° 9.

On pourrait croire que le premier et le second alinéas de cet article sont étroitement liés, et que seul, l'enfant détenu dont il est question dans la première partie, peut se pourvoir en vertu de la seconde, mais cela n'est pas exact, l'alinéa premier forme une disposition complètement distincte de l'alinéa second.

Lors de la confection du Code civil, en effet, le droit d'appel n'était accordé, dans le projet primitif, qu'à l'enfant ayant des biens personnels ; le Tribunat fit remarquer que cette disposition était inutile, parce que « non seulement dans le cas prévu dans cet article (l'art. 12 du projet devenu l'art. 382), mais encore dans tous les autres, rien ne peut empêcher l'enfant détenu, d'adresser un mémoire au commissaire près le tribunal d'appel, sans que la loi s'en explique » (1).

Le Conseil d'État, après cette observation, remarqua, sans doute, qu'il n'y avait aucune raison de donner un recours à l'enfant détenu par voie de réquisition comme ayant des biens personnels ou exerçant un état, et de le refuser à l'enfant détenu par voie de réquisition pour tout autre motif : aussi dans une disposition spéciale et distincte, il organisa, sans établir de distinction, une voie d'appel au profit de tous les enfants détenus par voie de réquisition (2).

(1) Observations du Tribunat lors de la communication officielle le 11 vendémiaire, an XI. FENET, t. 10, p. 505.

(2) DEMOLOMBE, t. 6, n° 246. AUBRY et RAU, t. 5, § 550, note 22.

En sens contraire : Le droit d'appel n'existe que pour l'enfant détenu par voie de réquisition comme ayant des biens personnels ou exerçant un état : LAURENT, t. 4, n° 288. MARCADÉ, t. 2, art. 382, n° IV, 4°. DEMANTE, t. 2. 127 *bis*.

CHAPITRE SECOND.

Second mariage de la mère.

7. La mère remariée conserve, en principe, la puissance paternelle sur ses enfants du premier lit ; le législateur en décidant expressément quels attributs de cette puissance seraient enlevés à la mère en cas de second mariage, l'a donc laissée implicitement investie de ceux qui ne lui étaient pas retirés.

§ I. — ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE ENLEVÉS A LA MÈRE REMARIÉE.

1. — *Droit de correction.*

8. La mère survivante et non remariée peut faire détenir son enfant par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parents paternels (art. 381) ; si la mère convole à de secondes noces, elle perd entièrement cette prérogative que le père remarié conserve dans une certaine mesure.

La cause de ces dispositions réside dans la situation différente que le second mariage fait au père ou à la mère : le père fonde une nouvelle famille dont il sera le chef, il conservera son indépendance, son autorité sur les membres de cette famille et en supposant qu'il subisse l'influence de sa nouvelle épouse, cette influence ne sera

pas prépondérante, et ne devra pas lui faire enlever son droit de correction ; il suffira de restreindre seulement l'exercice de ce droit.

La mère, au contraire, en se remariant, passe sous la dépendance et l'autorité de son nouveau mari : et le droit de correction même restreint qu'elle conservera sur ses enfants du premier lit pourra être exercé par le parâtre au détriment de ces enfants ; le législateur qui veille avec soin sur leur intérêt, a empêché ce résultat fâcheux en enlevant complètement le droit de correction à la mère.

9. Il faut toutefois remarquer que la mère remariée peut être tutrice de ses enfants du premier lit : elle pourrait, en ce cas, user du droit de correction que la loi accorde au tuteur, et cela sans qu'il y ait trop à craindre l'influence du nouveau mari, puisque la mère tutrice ne peut user de ce droit que par voie de réquisition et avec l'autorisation du Conseil de famille : d'ailleurs, si ce Conseil a conservé le poste de tutrice à la mère, c'est qu'il a jugé qu'en fait elle offrait toutes les garanties nécessaires de raison et de dévouement.

II. — *Droit de jouissance légale.*

10. « Le père, durant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. » (Art. 384).

Le père survivant qui se remarie conserve cette jouissance ; la mère survivante la perd, dans la même hypothèse.

Le législateur a établi cette différence en remarquant qu'il serait inconvenant d' « établir en principe que la mère peut porter dans une autre famille les revenus des enfants du premier lit, et enrichir ainsi son époux à leur préjudice (1) » ; il n'a pas voulu, en définitive, que la nouvelle famille profitât des produits de la jouissance légale. Or, ceci arriverait généralement en cas de nouveau mariage de la mère, car sous presque tous les régimes matrimoniaux, les revenus de la femme sont perçus par le mari qui en a la libre disposition (art. 1401 2°, 1528, 1530, 1539, 1549, 1578. Mais, « croit-on qu'ils ne recevront pas cette destination après le deuxième mariage du père tout comme après le deuxième mariage de la mère ? Sans doute, le père remarié exercera lui-même son droit de jouissance, mais il sera tenté d'en faire profiter sa femme et ses enfants du second lit, et en fait, il ne résistera guère à la tentation. Quoi qu'il en soit, statueit lex. » (2).

§ 2. — ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE
CONSERVÉS A LA MÈRE REMARIÉE.

11. — La mère peut exercer sur ses enfants la puissance paternelle et la puissance tutélaire. La mère, lors

(1) Réal au Corps législatif le 23 ventôse, an XI. FENET, t. 10, page 523.

(2) BAUDRY LACANTINERIE, t. 1, n° 982. Cette critique n'est peut-être pas tout à fait fondée : car, qu'ils soient issus du premier ou du second mariage, ces enfants sont toujours propres au père ; or, ne semble-t-il pas que, généralement, ce dernier sera assez maître de lui-même pour ne pas trop obéir aux sollicitations qui le pousseront à détourner les revenus des biens de certains de ses enfants pour en faire profiter d'autres ?

de son second mariage, conserve, sauf certaines restrictions, la puissance paternelle sur ses enfants du premier lit, sans remplir aucune formalité ; au contraire, pour demeurer tutrice, elle doit convoquer le Conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée : elle cessera donc d'être tutrice, soit parce qu'elle aura négligé de remplir cette formalité, soit parce que le Conseil de famille ne lui aura pas conservé cette fonction.

12. En tous cas, le *Conseil de famille* ne peut statuer que sur la *tutelle* et non sur la *puissance paternelle* ou sur quelque attribut de cette puissance paternelle ; il ne pourrait donc pas décider que la mère sera privée de la garde de ses enfants ; le Conseil doit résoudre cette seule question. La tutelle doit-elle être ou non, conservée à la mère (1).

La mère remariée reste investie des prérogatives de la puissance paternelle dont la loi ne la déclare pas déchue par son convol (2).

Ainsi, par exemple, la mère a le droit d'émanciper ses enfants du premier lit, de diriger leur éducation, et de les garder chez elle.

13. Mais, l'intérêt de ces enfants ne peut-il pas exiger qu'ils ne soient pas obligés de rester dans la maison de leur parâtre qui, souvent, leur sera hostile, les traitera mal, et qui pourra exercer sur leur éducation une influence néfaste ? Les *tribunaux* ne pourraient-ils pas exercer un contrôle sur cette situation, et enlever à la mère la garde de son enfant ? ou bien encore lui enlever la

(1) LAURENT, t. 4, n° 265.

(2) DEMOLOMBE, t. 6, n° 384, 385.

faculté de les émanciper, si l'on craint que le nouvel époux ne la pousse à accomplir cet acte en temps inopportun ?

Les tribunaux se reconnaissent ce pouvoir avant la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

Cette loi leur donne le droit de prononcer dans certains cas la déchéance de la puissance paternelle, mais elle ne leur reconnaît pas le droit d'enlever, principalement, l'exercice d'un ou de quelques-uns seulement des attributs de la puissance paternelle ; ils doivent, ou enlever complètement, ou conserver intégralement la puissance paternelle.

Il ne peut y avoir de doute sérieux sur ce point ; la loi déclare la déchéance obligatoire ou facultative, mais ne fait aucune distinction quant aux effets de cette déchéance ; elle décide, en effet, d'une manière très nette : « Les père et mère sont déchus de plein droit, *à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent*, notamment ceux énoncés aux articles 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à 387, 389, 390, 391, 397, 477 et 935 du Code Civil, à l'article 3 du décret du 22 février 1851 et à l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872 : 1°. art. 1 »

Art. 2° : « Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits — 1°. . . »

Les travaux préparatoires démontrent d'une manière plus évidente encore la volonté du législateur. Un amendement déclarait que lorsque la déchéance serait encourue de plein droit, elle ne pourrait s'étendre *qu'aux enfants contre lesquels il aurait été abusé* (1) ;

(1) Journ. off. Annexes de 1888, n. 3389, p. 706. Courcelle Serreuil dans son rapport à l'assemblée générale du Conseil d'État.

un autre visant la déchéance facultative disait : « Peuvent être déclarés déchus de la puissance paternelle et des droits qui s'y rattachent *ou de quelques-uns* de ces droits, soit à l'égard de tous leurs enfants, soit à l'égard de quelques-uns.... » (1) ; ces amendements furent repoussés l'un et l'autre, la pensée de la loi étant de créer un état indivisible, une déchéance une et indivisible (2).

D'ailleurs, le but poursuivi par le législateur n'était-il pas de mettre un terme au pouvoir arbitraire que s'étaient attribué les tribunaux, et dont ils usaient d'une manière absolument différente. ?

Si postérieurement au second mariage de sa mère, l'enfant du premier lit se trouvait malheureusement dans une situation semblable à celle dont nous parlions plus haut, le juge pourrait donc en vertu de l'art. 2 de la loi du 24 juillet 1889 enlever à la mère la puissance paternelle et faire ainsi cesser ce fâcheux état de choses ; cet art. 2 dit, en effet, qu'en dehors de toute condamnation, les père et mère qui, par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants peuvent être déchus de la puissance paternelle.

Ces mots : « mauvais traitements » doivent être inter-

(1) Séance du 25 mai 1888, J. off. du 26, p. 1124.

(2) En ce sens : P. de LOYNES, en note, D., 1891. 2., 76. — LÉON LALLEMAND *Annuaire de législation française*, 1890, p. 272.

Poitiers, 21 juillet 1890, D., 91. 2. 73. Gaz. des Tribun. 7 oct. 1890. Jour. du Palais 1890, 1. 184. — Toulouse, 3 juill. 1890, Gaz. Tribun. 7 oct. 1890. — Cas. 28 juillet 1891, D., 92. 1. 70. — Paris, 24 juin 1892, D., 93. 1. 81. — Douai, 8 mai 1893., Pand. fr., 94. 2. 206.

En sens contraire : TESTOUD. *Revue Crit. de lég. et de jur.* 1891, p. 22 et s. — CHARMONT. *Revue Crit. de lég. et de jur.* 1891, p. 518. — BOURCART en note, S., 91. 2. 17. — NAQUET en note. S., 91. 2. 25.

prétés très largement ; le texte confère par là aux tribunaux des pouvoirs très étendus. Le législateur a voulu atteindre ainsi les abus de la puissance paternelle. Or, si la mère maltraite son enfant, et cela arrivera du moment où il ne sera pas traité comme il doit l'être, ou si elle tolère que son nouveau mari usurpe les droits qu'elle tient de la loi, et cela pour mal diriger l'éducation de ses enfants, pour les maltraiter même (1); si, subissant l'ascendant fâcheux de cet homme, elle veut émanciper ses enfants à une époque inopportune, ne peut-on pas affirmer qu'elle use mal, qu'elle abuse de la puissance paternelle ? (2).

14. Comme nous le disions plus haut, la mère remariée, et non déchue de la puissance paternelle, conserve tous les attributs de cette puissance que la loi ne lui a pas enlevés ; ainsi, par exemple, le droit de garde et d'éducation, le droit d'émanciper ses enfants du premier lit, le droit de consentir à leur mariage.

I. — *Droit de garde et d'éducation.*

15. La mère, après son second mariage, se trouve, à ce point de vue, dans une situation assez extraordinaire : en effet, elle conserve le droit, et par conséquent l'obligation de garder et d'éduquer ses enfants, mais, d'autre

(1) Marseille, 18 avril 1891. Pandect, franç. 92, 2, 93. Dans cette espèce, c'était un père qui laissait maltraiter son enfant du premier lit par sa seconde épouse.

(2) Ce qui vient d'être dit concernant la destitution de la puissance paternelle de la mère remariée, s'appliquerait aussi à la déchéance de la puissance du père remarié.

part, la loi lui enlève le moyen le plus efficace de faire respecter ce droit, c'est-à-dire le droit de détention, et aussi le dédommagement accordé à celui qui est chargé de cette obligation : le droit de jouissance légale.

Quoique ce résultat soit un peu illogique, on ne peut cependant décider, sans texte, que la mère doit être déchue du droit de garde et d'éducation.

II. — *Droit d'émancipation.*

III. — *Droit de consentir au mariage.*

16. La mère survivante peut consentir seule au mariage de ses enfants du premier lit (art. 149) ; si elle se remarie elle conserve ce droit, parce que la loi ne lui enlève pas (1).

D'ailleurs le projet primitif de l'art. 149 portait : « Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit, encore qu'il ait contracté un second mariage » (2). Defermon demanda la suppression de cette dernière partie et Réal fit observer que « cette disposition pourrait être retranchée comme répétant inutilement une disposition que *la règle générale énonçait formellement* » (2).

17. La mère, même non tutrice, pourrait donc autoriser son enfant mineur à consentir, dans son contrat de mariage, toutes les conventions et donations dont ce

(1) En ce sens, DEMOLOMBE, t. 3, n° 45. AUBRY et RAU, t. 5, § 462. LAURENT, t. 2, n° 315. BASTIA, 3 février, 1836, S., 36. 2. 247.

(2) Séance du Conseil d'Etat du 26 fructidor, an IX. FENET, t. 9, page 18.

contrat est susceptible. En effet, d'après l'art. 1398, le mineur peut, dans son contrat de mariage, consentir ces conventions et donations, pourvu qu'il soit assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Ceci semble étrange puisque, en principe, la mère non tutrice ne peut autoriser ses enfants mineurs à disposer à titre gratuit de l'objet le moins important de leur patrimoine. Un auteur s'est même basé sur cette considération pour refuser à la mère non tutrice le droit de consentir au mariage des enfants dont il s'agit (3). Il aurait dû s'apercevoir que, dans notre droit, *tout* tuteur ne peut autoriser une donation ni une aliénation quelconque, que cette règle s'applique donc au père tuteur ou à la mère tutrice non remariés : il faudrait donc conclure que le père tuteur ne peut consentir au mariage de ses enfants. On explique facilement l'art. 1398 en remarquant que cet article comporte une exception à tout le système de la tutelle. En principe, ce n'est pas le mineur qui agit, mais le tuteur qui le représente sous certaines conditions ; dans notre cas, au contraire, le mineur agit, contracte lui-même, on le répute majeur quant au contrat de mariage, voilà pourquoi le mineur peut exécuter avec le concours et l'assistance de certaines personnes, ce qu'en général, la loi défend au tuteur d'accomplir.

Une conséquence de ce que les enfants du premier lit doivent, pour se marier, demander le consentement de leur père ou mère remarié, c'est que, lorsqu'ils ont atteint leur majorité matrimoniale fixée par l'art. 148, ils sont

(3) DELVINCOURT, t. I, page 55, note 6.

obligés à défaut de consentement d'adresser un acte respectueux à leur père ou mère.

Mais il faut remarquer qu'ils ne sont aucunement tenus de demander le consentement ou d'adresser un acte respectueux au nouvel époux de leur père ou de leur mère : ils ne sont pas soumis à l'autorité de ce nouvel époux, au point de vue matrimonial.

TITRE SECOND.

DE LA TUTELLE.

19. Après la dissolution du mariage arrivée par la *mort* de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère (art. 390).

Si le survivant, tuteur, contracte une nouvelle union, les enfants du premier lit resteront-ils soumis à sa puissance tutélaire ?

Nous répondrons à cette question en distinguant entre le second mariage du père (chapitre premier) et le second mariage de la mère (chapitre second).

Nous rechercherons ensuite quelle est l'influence des secondes noces sur le droit accordé par la loi au dernier mourant des père et mère de se choisir un successeur dans la tutelle (chapitre troisième), puis, quelle est, au point de vue tutélaire, la situation des enfants d'un premier lit, lorsque celui de leurs auteurs survivant et remarié, à qui leur tutelle avait été confiée, disparaît (c'est-à-dire est en état de présomption ou de déclaration d'absence) (chapitre quatrième).

CHAPITRE PREMIER

Second mariage du père.

20. Le père qui se remarie conserve la tutelle de ses enfants du premier lit, sans avoir aucune formalité à remplir lors de son convol : le législateur a sans doute pensé que l'influence de la nouvelle épouse sur son mari ne serait pas assez puissante pour menacer la situation des enfants du premier lit ; d'ailleurs, en fait, le père n'est-il pas celui qui, généralement, sera le plus apte à veiller sur les intérêts de ces enfants ?

Cette tutelle qu'il conserve, le père remarié a le droit de la transmettre selon les formes prescrites par l'art. 392. ■

CHAPITRE SECOND

Second mariage de la mère.

21. L'intérêt des enfants du premier lit demande, dans cette hypothèse, que la tutelle ne demeure pas sans contrôle à la mère :

Car, si la mère remariée conservait la tutelle, en droit, il arriverait, en fait, que le second mari prendrait la direction de cette tutelle : or, cet homme peut n'être aucunement digne de cette mission de confiance, il peut être, de plus, un ennemi des enfants du premier lit.

Aussi, la loi a-t-elle porté remède à cet état de choses, en ordonnant, dans l'article 395, que :

« Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le Conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit ; et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée. » (1) :

Quels sont les cas où la mère tutrice qui se remarie doit convoquer le conseil de famille de ses enfants du premier lit, pour statuer sur cette tutelle ? La situation de la mère est-elle la même, soit qu'elle ait obéi aux prescriptions de la loi, soit qu'elle ait négligé de le faire ? Et lorsque la mère aura perdu la tutelle légale, soit parce que le conseil de famille ne la lui aura pas conservée, soit parce qu'elle n'aura pas convoqué ce conseil, quel sera le caractère, la nature de cette perte, pourra-t-on l'assimiler à l'exclusion ou à la destitution de la tutelle ?

Autant de questions que nous essaierons de résoudre dans autant de paragraphes.

§ I. — CAS D'APPLICATION DE L'ART. 395.

22. La loi exige de la *mère tutrice* qui veut se remarier, la convocation du conseil de famille de ses enfants. Les particuliers ne peuvent déroger par leurs dispositions à cette règle *d'ordre public*.

(1) En d'autres termes, la mère perd la tutelle légale par son convol : en effet, si la mère remplit les formalités prescrites par l'article 395, et que le Conseil de famille lui conserve la tutelle, ce sera une tutelle dative ; si elle ne remplit pas les formalités, elle perdra la tutelle légale de plein droit.

23. I. L'art. 395 vise *tous les cas* où la mère qui se remarie est *tutrice* de ses enfants du premier lit :

Ex. : la mère est tutrice quand elle a accepté cette fonction à la mort de son premier époux : A ce moment, en effet, la loi l'appelle de plein droit à la tutelle ; ou bien encore quand le conseil de famille la nomme tutrice, postérieurement à un refus de sa part d'accepter l'offre de la loi.

24. Dans ces différents cas la mère qui se remarie est tutrice, mais la loi s'applique-t-elle aussi au cas où la mère remariée devient tutrice de ses enfants issus de la première union ?

Voici les circonstances où cette hypothèse pourra se présenter :

Les père et mère d'enfants mineurs brisent, par le divorce, le lien conjugal qui les unissait ; le tribunal confie les enfants à quelque personne (art. 302) ; la mère se remarie, puis le père meurt ; alors seulement s'ouvre la tutelle : elle appartient de plein droit à la mère survivante (art. 390) : celle-ci peut-elle l'accepter et la conserver sans délibération du conseil de famille ?

Si l'on interprétait littéralement l'art. 395, il faudrait évidemment décider que le conseil n'a pas un pouvoir de contrôle dans cette hypothèse : l'art. dit en effet : la mère *tutrice*, qui veut se remarier, doit, *avant* l'acte de mariage convoquer le conseil de famille.

Mais il faut remarquer que le législateur en prescrivant l'art. 395 a eu l'intention de remédier à une certaine situation défectueuse, il a voulu édicter une disposition s'appliquant à toutes les hypothèses où se présenterait

cette situation défectueuse : en examinant les travaux préparatoires de l'art. 395, on constate, en effet, que le législateur a craint que le second mariage de la mère n'eût une influence fâcheuse sur la tutelle des enfants du premier lit. A ce point de vue, « il n'est pas juste de confondre le père et la mère, car le mariage du père ne change pas l'état de la famille : elle conserve toujours le même chef, tandis que la mère remariée passe dans une autre famille et sous l'autorité de son second mari » (1). « Et si ce fait ne saurait, sans injustice, lui faire perdre la tutelle de plein droit, au moins suffit-il pour appeler la famille à délibérer si elle doit lui être conservée » (2). Car, en fait, se sera le nouveau mari qui gèrera généralement la tutelle échue à la mère, il exercera en tous cas une grande influence sur la gestion, l'intérêt des mineurs exige que le conseil de famille examine si ce nouveau mari a l'aptitude et la dignité nécessaires.

Le législateur a donc, en conséquence, rédigé une disposition qui, d'après ses prévisions comprendrait toutes les hypothèses où se trouveraient en présence un second mari et une mère tutrice de ses enfants du premier lit. Or il arrive, que d'après les termes employés, une des hypothèses dont il s'agit n'est pas comprise dans cette disposition : peut-on affirmer qu'elle en est exclue ? Non, il faut, avant tout, examiner l'intention du législateur et les motifs qui l'ont fait agir, et nous en concluons : la mère

(1) Berlier au Conseil d'État le 22 vendémiaire an XI. FENET, t. 10, page 573.

(2) Exposé des motifs par Berlier lors de la présentation au Corps législatif le 25 ventôse an XI. FENET, t. 10, page 644.

qui, après un second mariage, est appelée par la loi à la tutelle des enfants de son premier lit et qui l'accepte, doit convoquer le conseil de famille : à défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle légale de plein droit, sera tutrice de fait, son second mari cotuteur de fait, et tous deux seront responsables de la tutelle indûment conservée.

II. 25. C'est une disposition d'*ordre public*, par conséquent, les particuliers ne peuvent y déroger par leurs dispositions ; ainsi, par exemple, serait nulle la clause testamentaire par laquelle le père prédécédé déclarerait conserver à la mère, pour le cas où elle se remarierait, l'administration des biens de ses enfants mineurs, sans qu'elle y soit autorisée par le conseil de famille (1)

§ 2. — LA MÈRE TUTRICE A CONVOQUÉ LE CONSEIL DE FAMILLE
AVANT L'ACTE DE MARIAGE.

26. On remarquera tout d'abord que l'art. 395 dit que la mère doit *convoquer* le conseil *avant l'acte de mariage* ; il n'impose donc pas, à la mère tutrice qui veut se remarier, l'obligation d'ajourner son second mariage jusqu'à la solution définitive de la question par elle déferée au conseil : elle a donc complètement obéi à la loi en soumettant au conseil les difficultés que peut faire naître sa nouvelle situation, elle n'encourra aucune déchéance en se remariant : elle restera tutrice légale jusqu'à ce que la question soit définitivement tranchée soit par le Conseil de famille, soit par le tribunal (2).

(1) Cass., Naples, 3 février 1883, S., 83. 4.38.

(2) Montpellier, 14 mai 1883, S., 85. 2. 50.

27. Le conseil de famille dûment convoqué peut, soit enlever, soit conserver la tutelle à la mère : selon l'intérêt des enfants.

I. — Le conseil enlève la tutelle légale :

28. Il doit alors nommer un tuteur datif.

Il n'y a pas d'impossibilité juridique à ce que le nouveau mari soit nommé tuteur (1) : mais cela se présentera rarement : car précisément si le conseil de famille enlève la tutelle à la mère, en cas de convol, c'est le plus souvent parce qu'il aura jugé que le nouveau mari n'était pas digne d'être cotuteur.

La décision du conseil enlevant la tutelle à la mère ne doit pas être motivée (voir n° 50), elle est susceptible de recours (voir n° 50). La mère ainsi écartée de la tutelle ne peut choisir un tuteur à ses enfants du premier mariage (voir n° 58).

II. — Le conseil de famille conserve la tutelle à la mère.

29. *Dans ce cas, il doit nécessairement lui donner le second mari comme cotuteur. Les deux époux gèrent la tutelle ensemble et conjointement ; ils sont solidairement responsables de la gestion postérieure au mariage (art. 396). Leur tutelle est dative, et soumise aux règles de la tutelle dative. La mère peut choisir un tuteur aux enfants issus de sa première union.*

1° *Le second mari est nécessairement cotuteur (2).*

(1) DEMOLOMBE, t. 7, N° 139.

(2) En ce sens : LAURENT, t. 4. n° 392. DEMOLOMBE, t. 7, n° 131 AUBRY et RAU, t. 1, § 99 bis, page 408, note 34.

En sens contraire : MARCADÉ, art. 442. n° 41.

30. La tutelle de la femme remariée et la cotutelle du deuxième mari sont indivisibles (1), et le lien qui les unit est si étroit que toute cause qui met fin à l'une met, en principe, fin à l'autre.

Le législateur a établi cette indivisibilité parce qu'il a prévu que lorsque la mère conserverait la tutelle, son nouveau conjoint la gèrerait, en fait : et il a voulu que ce tuteur de fait fût tuteur de droit ; que dans tous les cas où le mari serait susceptible de gérer en fait, il assumât la responsabilité de droit (2).

Plusieurs conséquences découlent de ce que nous venons de dire :

1^o Le second mari n'est cotuteur que parce que sa femme est tutrice, et si la tutelle prend fin dans la personne de la mère, soit par la mort, la destitution ou toute autre cause, la cotutelle du mari cessera de plein droit : le mari est, en effet, seulement cotuteur.

2^o D'autre part, il peut arriver que le second mari ne puisse pas être tuteur en droit, parce qu'il en est inca-

(1) Le conseil de famille, en conservant la tutelle à la mère pourrait cependant oublier de nommer le second mari cotuteur : cette omission n'empêcherait pas le nouveau mari d'avoir ce dernier titre ; en maintenant la mère dans la tutelle, le conseil appelle implicitement le second mari à la cotutelle, et dans notre hypothèse ce dernier serait responsable de la gestion postérieure au mariage.

En ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE, t. 1, n° 1007.

(2) Cette situation ne se présente pas seulement dans le cas spécial visé par l'article 396, mais aussi dans tous les cas où la femme remariée est tutrice de ses enfants d'un premier lit : dans tous ces cas, le second mari est susceptible de gérer en fait : il doit être nommé cotuteur ; par exemple, cela se présente quand la tutelle ne s'ouvre que postérieurement au second mariage (voir n° 24), quand la mère est nommée tutrice postérieurement à un refus (art. 394).

pable ou indigne, ou qu'il s'en est fait excuser. Or, si la mère conservait la tutelle, on pourrait craindre que son mari ne la gérât, en fait, alors qu'il est incapable ou indigne de la gérer en droit; il n'y a qu'un seul moyen d'empêcher ce résultat : c'est de ne pas conserver la tutelle à la mère (si l'incapacité ou l'indignité du mari existait déjà lors de la délibération du conseil) (1), ou de la lui retirer si cette situation ne se présente que plus tard (2).

3° Mais si le second mari ne peut gérer la tutelle ni en fait, ni en droit, alors les considérations qui ont motivé l'article 396 ne se présentent plus; on se trouve complètement en dehors des prévisions du législateur : il n'y a pas de raison spéciale de retirer la tutelle à la mère; elle la conserverait donc au cas de mort, d'interdiction ou d'internement du mari dans un établissement d'aliénés (3).

34. Que décider en cas de divorce des époux remariés? La femme recouvre son indépendance, le divorce a pour effet direct d'enlever au second mari la qualité à laquelle était attachée la fonction de cotuteur : n'en résulte-t-il pas que la mère conserve à elle seule l'exercice de la tutelle? Et, en effet, au moment de sa délibération, advenue lors du convol, le conseil de famille a jugé la mère capable d'être tutrice, et il l'a maintenue dans cette fonction; puis, obéissant à une prescription légale, il lui a adjoint le second mari comme cotuteur; voilà que ce second mari perd la qualité en vertu de laquelle

(1) HUC, t. 3, n° 278. LAURENT, t. 4, n° 387.
Seine, 29 nov. 1872, D., 73. 3. 16.

(2) DEMOLOMBE, t. 7, n° 138.

(3) DEMOLOMBE, t. 7, n° 138. BAUDRY-LACANTINERIE, t. 4, n° 1008.

il avait été admis à la tutelle, voilà que disparaissent les motifs pour lesquels le législateur avait édicté cette disposition : mais cela n'est pas une raison pour décider que la femme doive perdre la tutelle : la cotutelle qui avait été adjointe à la sienne disparaît, pourquoi la tutelle dont elle était investie ne subsisterait-elle pas (1) ?

32. Ne faudrait-il pas décider autrement en cas de séparation de corps ? Dans ce cas, en effet, les liens matrimoniaux ne sont pas rompus, le second conjoint de la mère reste son mari et quoique la mère ait, par la séparation, acquis une certaine indépendance, il semble qu'il faille appliquer strictement l'art. 396, décider que la tutelle et la cotutelle subsistent et que la mère et son second conjoint doivent continuer à gérer la tutelle ensemble et conjointement.

Mais il faut remarquer que la loi du 6 février 1893 a rendu à la femme séparée de corps sa pleine capacité

(1) M. Huc, t. 3, n° 278, admet que tout événement qui met fin à la cotutelle du mari du vivant de celui-ci, doit mettre fin aussi à la tutelle de la femme. Il est possible, en effet, dit-il, que le Conseil de famille n'ait maintenu la tutelle à la femme qu'en considération de la cotutelle du mari.

Remarquons d'abord que la femme était tutrice avant le mariage : c'est donc qu'elle était apte à diriger cette gestion (art. 444) ; or, son second mariage, par lui-même, ne diminue pas cette aptitude, seulement, le Conseil de famille pourra lui retirer la tutelle, si le second mari était reconnu devoir y nuire, il faut que le motif de cette décision soit très grave. En d'autres termes : la mère conserve la tutelle si le second mari est digne d'être cotuteur, la présence du second mari pourrait faire perdre la tutelle à la femme, mais non être le motif unique pour lequel le Conseil de famille lui laisse cette mission de confiance.

D'ailleurs, le motif donné par M. Huc aboutirait à faire décider que la mort du mari entraîne la déchéance de la mère, ce qui est inadmissible.

civile ; cette femme cesse d'habiter avec son mari, elle peut agir sans recourir à l'autorisation de son époux, et si ce dernier conserve le titre de mari auquel la loi a, en principe, attaché la cotutelle, il n'en est pas moins vrai que le motif n'existe plus pour lequel la loi a établi le mari cotuteur ; il semble, en effet, que la femme séparée de corps peut dorénavant gérer la tutelle de ses enfants du premier lit sans que son second mari influence cette gestion ; ne serait-on pas dans une de ces hypothèses où la tutelle de la mère peut exister sans la cotutelle de son second mari ? Est-il d'ailleurs admissible que deux époux séparés de corps gèrent une tutelle ensemble et conjointement ? (2)

2° Les deux nouveaux époux gèrent ensemble et conjointement la tutelle des enfants du premier lit.

33. La loi ne fait pas de distinction entre la tutrice et le cotuteur, elle les déclare tous deux responsables solidairement de leur gestion et n'établit aucune préférence au profit de l'un des époux ; le mari n'a pas le droit de gérer plutôt que la femme, parce que la femme est tutrice tout autant que le mari.

On essayerait vainement d'établir une prédominance basée sur le régime matrimonial des époux, c'est-à-dire que, dans le cas où le contrat de mariage accorderait

(2) HUG, t. 3, n° 278.

DEMOLOMBE, t. 7, n° 139 *bis* se demande s'il ne faut pas, dans notre hypothèse, appliquer l'art. 444 : le conseil de famille prononcerait la destitution de l'époux contre lequel la séparation aurait été prononcée, et pourrait alors peut-être nommer tuteur l'autre conjoint ; ceci est une tout autre question, et il est évident que s'il ressort des débats que l'un des époux est indigne, le Conseil devra appliquer l'art. 444.

l'administration des biens de la femme au mari, la tutelle serait gérée par ce dernier, qu'au contraire la femme administrant elle-même sa fortune, gèrerait aussi la tutelle (1).

Cette distinction est absolument arbitraire : elle viole l'art. 396 qui a établi *deux* tuteurs en leur donnant implicitement des pouvoirs égaux d'administration et en leur confiant le soin de gérer ensemble et conjointement (2) ; elle est contraire à l'intérêt des mineurs qui s'oppose à ce que l'administration de la tutelle appartienne au cotuteur, à l'exclusion de la tutrice, ou réciproquement.

Par conséquent, les deux époux ne peuvent faire aucun acte d'administration l'un sans l'autre.

Ainsi, tous deux doivent signer les actes d'administration, les baux, par exemple ; le mari ne peut, sans le concours de sa femme recevoir un paiement pour le compte des mineurs (3) ; l'action intentée contre les mineurs doit être dirigée à la fois contre le mari et la femme (4) ; les deux époux ne doivent présenter qu'un seul et même compte de tutelle (5) ; si l'un des époux agit sans le consentement de l'autre, ce dernier aura le droit de former opposition à l'acte, et de signifier son opposition au tiers, en ce cas l'époux qui a l'intention d'agir, pourra recourir au conseil de famille et même aux tribunaux pour être autorisé à passer l'acte, seul (6).

(1) MAGNIN, t. 1, n° 458, page 352.

(2) DEMOLOMBE, t. 7, n° 136. HUC. t. 3, n° 278.

(3) Bruxelles, 27 avril 1826. D. Rep. Minor, n° 102.

(4) Grenoble, 17 août 1831. D. Rep. Minor, n° 103.

(5) Cas. Req, 19 avril 1886, S. 90. 1. 109. D., 87. 1. 171.

(6) AUBRY et RAU, t. 1, § 99bis, p. 410.

Mais ne peut-on pas admettre que si l'un des époux fait, seul, un acte d'administration, et que l'autre ne s'y oppose pas, on doit considérer cet acte comme valable en vertu d'un mandat tacite ou d'une adhésion de celui des tuteurs qui a gardé le silence ? (1), ou tout au moins ne peut-on pas admettre que, pour éviter les embarras et les retards, la mère a le droit de donner sa procuration à son mari ? (2).

Non : D'abord, soit de droit, soit de fait, le mari serait presque toujours seul tuteur ; la mère resterait étrangère à la gestion : « Sans doute le tuteur peut s'aider d'administrateurs qui gèrent sous sa responsabilité (art. 454). Mais quand la loi veut qu'il y ait deux tuteurs, l'un ne peut pas abdiquer la tutelle au profit de l'autre, ni par une procuration expresse, ni par un mandat tacite. Un pareil mandat ne donnerait pas au mineur la garantie du concours des deux tuteurs. En définitive, là où il y a deux tuteurs, il faut qu'ils agissent l'un et l'autre » (3).

3° *Les deux époux sont solidairement responsables de la gestion postérieure au mariage* (art. 396),

34. Ils le sont, non pas pour moitié chacun, mais solidairement, c'est à dire que chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout.

Toutefois le second mari est, dans cette hypothèse, responsable de la gestion tutélaire *postérieure* au mariage, et, par conséquent, il ne peut être considéré comme tenu solidairement avec sa femme des obligations qui pour-

(1) AUBRY et RAU, t. 4, § 99bis, p. 410.

(2) DEMOLOMBE, t. 7, n° 136.

(3) LAURENT, t. 4, n° 388.

raient peser sur celle-ci, au profit des mineurs, soit à raison de la gestion antérieure au convol, soit pour toute autre cause qui ne se rattacherait pas à la gestion à laquelle il s'est trouvé associé par le fait de son mariage avec la mère tutrice, soit encore de faits accomplis postérieurement à la cessation de la gestion (1).

Il est évident que les deux nouveaux époux ont leurs biens grevés de l'hypothèque légale que la loi accorde aux mineurs sur les biens de leur tuteur : quoique appelé cotuteur par l'art. 396, le deuxième mari est soumis à toutes les obligations du tuteur (2).

Remarquons toutefois que cette hypothèque ne prend pas rang sur les biens de la mère et sur ceux du second mari à partir de la même date : parce que leur obligation de gérer et leur responsabilité ne sont pas nées le même jour.

4° *La tutelle des nouveaux époux est dative et non légale.*

35. Cette question est discutée (au moins quant au caractère de la gestion maternelle). On soutient que la mère conserve la tutelle légale qu'elle avait avant son convol, que le conseil de famille la maintient dans cette tutelle, et ne la nomme pas, que la tutelle n'est donc pas dative (3).

Nous croyons que cette tutelle est dative.

La tutelle légale est celle qui est déférée de plein droit par la loi, sans intervention du conseil de famille. Il y en

(1) Cass. Req., 7 février 1871. D., 172. 1. 355.

(2) DEMOLOMBE, t. 7, n° 135.

(3) DEMOLOMBE, t. 7, n° 133.

a deux espèces : celle du survivant des père et mère et celle des ascendants.

La tutelle dative est celle qui est déférée par le conseil de famille (ou par le dernier mourant des père et mère).

Or les nouveaux époux tiennent-ils leurs droits de la loi ou du conseil de famille ?

Plaçons-nous au moment où la mère convoque ce conseil, en vertu de l'art. 395 : un tuteur légal est en fonctions, le conseil doit rechercher si la tutelle doit lui être conservée ; la décision est laissée à sa discrétion, et la loi ne l'influence aucunement, en ce sens du moins qu'elle ne lui indique pas les cas spéciaux où il devra enlever la tutelle ; le conseil doit uniquement baser sa décision sur l'*intérêt* des enfants. Il conserve, par exemple, la tutelle à la mère : il le fait, non pas parce que la loi l'avait jusque-là investie de cette tutelle, mais parce qu'elle est la plus apte, ainsi que son second mari, à veiller sur l'intérêt des enfants. Or, fait-il autre chose dans tous les autres cas où il nomme un tuteur quelconque ?

La mère tient donc désormais son titre du conseil de famille, et non plus de la loi : le nouveau mari tient aussi explicitement ou implicitement son titre du même conseil :

La tutelle des deux nouveaux époux est donc dative (1) elle est soumise aux principes qui régissent cette tutelle.

(1) En ce sens : AUBRY et RAU, t. 1 § 99 bis, page 409. HUC, t. 3, n° 277, note 36.

LAURENT dit : t. 4, n° 398, page 513 « La mère remariée est maintenue dans la tutelle : elle est donc tutrice légale et dative tout ensemble. . . . , car elle n'a jamais cessé d'être tutrice légale. » t. 4, n° 386, page 498 : « Le conseil de famille peut maintenir la mère dans la tutelle. Dans ce cas la tutelle de la mère change de

Le conseil de famille devra donc exercer les attributions qui lui sont données par les art. 454, 455, 456, 470 C. C. ; ainsi, il pourra régler, par aperçu, la dépense annuelle des mineurs, déterminer la somme à laquelle commencera, pour les deux tuteurs, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur les dépenses, (si la mère et le second mari n'ont pas fait faire cette détermination, ils devront les intérêts de toute somme non employée), fixer les époques où ils devront remettre des états de gestion au subrogé tuteur.

Ces articles, en général, ne régissent pas la tutelle légitime du survivant des père et mère ; mais il s'agit ici de la tutelle dative de la mère remariée, et si l'on pouvait admettre, par hypothèse, qu'à son égard la tutelle reste légale, l'intérêt des mineurs demanderait cependant que les conditions d'administration prévues par les art. 454, 455, 456, 470 pussent lui être imposées ; en effet, elle a perdu la jouissance des biens de ses enfants du premier lit (art. 386), en outre elle n'est plus seule tutrice, elle a un cotuteur qui est exclusivement datif, et par conséquent soumis aux règles du droit commun (1).

36. Mais doit-on aller plus loin et décider que le conseil de famille ou le tribunal pourra soumettre la mère et son nouveau mari à des conditions d'administration qui ne

nature ; ce n'est plus une tutelle légale, car la mère tient son droit non de la loi, mais de la délibération du conseil. La tutelle devient donc dative. De là il suit que l'on doit appliquer à la mère tutrice les principes qui régissent la tutelle dative. »

(1) DEMOLOMBE, t. 7, n° 433, admet que la tutelle de la mère reste légale, mais il pense que le conseil de famille peut appliquer les art. 454 et 470.

sont pas, implicitement ou explicitement, imposables légalement au tuteur datif ?

Par exemple : la mère et le nouveau mari devront être assistés du subrogé tuteur (ou même du conseil de famille) pour percevoir le remboursement des capitaux dûs au mineur, les valeurs mobilières ne seront placées que sur des fonds d'État ou sur des garanties hypothécaires (1).

Nous ne le croyons pas. La tutelle est, en effet, une institution qui se rattache essentiellement à l'ordre public : le législateur, en prenant pour base l'intérêt des mineurs, a réglé avec soin le fonctionnement de cette institution ; on ne peut y déroger, surtout en invoquant l'intérêt des mineurs.

« La loi elle-même a apprécié ce qui convenait le mieux à cet intérêt qu'elle protège, elle l'a apprécié souverainement et nul ne saurait avoir le droit de se montrer plus sage et plus prévoyant qu'elle » (2). Ne serait-il pas d'ailleurs contraire à cet intérêt, que chaque tutelle soit régie par des règles particulières ?

Ces conditions et ces restrictions sont donc nulles dans tous les cas, et il ne faut pas distinguer si les époux les ont d'abord acceptées ou si elles leur ont été imposées par l'acte de nomination, ou dans un acte postérieur (3).

(1) Cass. 20 juill. 1842. D. R. Minor. n° 403.

(2) DEMOLOMBE, t. 7, n° 144.

(3) En notre sens : AUBRY et RAU, t. 1, § 99 bis, page 409 et note 37. DEMOLOMBE, t. 7, nos 144 et 160. LAURENT, t. 4, n° 386.

La jurisprudence paraît s'affirmer pour ce système. (D. S. au R. V° Minorité n° 314) : Caen, 30 déc. 1845, D., 46. 4. 501. S., 46. 2. 621. — Cas. 5 mai 1856. D., 56. 1. 241. — Cas, 27 févr. 1879. D., 79. 157.

5° 37. *La mère peut choisir un tuteur à ses enfants, mais ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille* (art. 399, 400, voir n° 56 et suivants).

§ 3. — LA MÈRE N'A PAS CONVOQUÉ LE CONSEIL
DE FAMILLE

38. *La mère perd la tutelle légale de plein droit ; mais elle conserve une tutelle de fait ; son nouveau mari est cotuteur de fait et responsable de toute la gestion antérieure et postérieure au mariage.*

1° *La mère perd la tutelle légale de plein droit.*

39. Plusieurs conséquences découlent de cette déchéance irrévocablement prononcée par la loi elle-même :

: Le conseil de famille n'a pas à prononcer la déchéance de la mère.

: Il y a lieu d'organiser une nouvelle tutelle : elle ne peut appartenir aux ascendants ; en effet, d'après l'art. 402, la tutelle n'appartient à l'aïeul qu'en cas de prédécès du père et de la mère (1).

: La mère ne pourra plus être désormais que tutrice dative des enfants dont il s'agit

En sens contraire : Orléans, 27 mai 1854, D., 55. 2. 75. — Besançon, 4 juillet 1864, D., 64. 2. 165. — Civ. Rej. 3 juin 1872, D., 72. 1. 241.

Il faut remarquer que cette question a perdu beaucoup de son intérêt depuis que la loi du 27 mars 1880 a prescrit des formalités spéciales pour l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs.

(1) DEMOLOMBE, 7. n° 178 AUBRY et RAU. t. 1. § 101. p. 413. Paris, 24 juin 1856, D., 57. 2. 10. S., 56. 2. 527. — Rennes, 24 juillet 1890, D., 91. 2. 162. Pand. Franç. 92. 2. 14. Gaz Pal. 90. 2. 304.

: Les tiers ne sont plus obligés de reconnaître à la mère la qualité de tutrice et le pouvoir d'agir au nom des mineurs.

: Si la mère est restée dans cette situation jusqu'à sa mort, il y aura lieu, à ce moment, à une tutelle dative, et non à la tutelle légale des ascendants : en effet cette dernière tutelle s'ouvre quand le dernier mourant des père et mère n'a pas choisi de tuteur : mais il faut que ce dernier mourant ait conservé la tutelle légale ou dative jusqu'à sa mort (1).

2^o *La mère est tutrice de fait.*

40. La mère cesse d'être tutrice, *en droit*, mais le législateur ne veut pas que l'intérêt des enfants du premier mariage souffre de cet état de choses : pour punir la mère de n'avoir pas rempli les formalités prescrites, il lui enlève, il est vrai, le titre légal en vertu duquel elle administrerait les biens de ses enfants mineurs, mais, en la rendant responsable des suites de sa tutelle de fait, il lui ordonne implicitement de continuer son administration. La mère doit donc gérer, en fait, dans l'intérêt des mineurs et jusqu'à son remplacement, cette tutelle qu'elle gèrait en droit avant son convol :

En d'autres termes, si l'art. 395 dit que la mère cesse d'être tutrice de plein droit, il ne veut cependant pas enlever toute tutelle aux enfants dont il s'agit : à la tutelle *de droit*, il substitue une tutelle *de fait*, qui astreint la mère aux mêmes obligations, aux mêmes charges, à la même responsabilité envers les mineurs (2).

(1) DEMOLOMBE, t. 7. n° 182.

(2) MARCADÉ, t. 2. sous 396 n° 1.

41. La loi déclare la mère responsable de toutes les suites de la tutelle de fait, mais elle sous-entend évidemment : dans les cas et dans la mesure où elle n'a pas fait tout ce qui lui était possible d'accomplir dans l'intérêt des mineurs ; elle peut, elle doit donc exécuter certains actes ; la loi reconnaît ainsi implicitement la validité des actes de la mère ; car, il serait trop injuste, trop illogique de déclarer une personne responsable d'une certaine gestion et de lui enlever tout moyen d'éviter cette responsabilité.

Mais il faut remarquer, d'autre part, que la mère n'est pas tutrice de droit, ses pouvoirs ne peuvent donc être aussi étendus que ceux de la personne investie de la tutelle de droit. On peut dire qu'il y a, à ce point de vue, entre la tutelle de fait et la tutelle de droit, une différence assimilable à celle qui existe entre la gestion d'affaires et le mandat : il y a, d'un côté, un représentant de fait, de l'autre un représentant de droit ; les actes faits par la mère tutrice de fait ne sont pas opposables aux mineurs dans la même mesure que ceux faits par un tuteur de droit, ils ne le sont que dans la limite de l'intérêt des mineurs, comme les actes faits par un gérant d'affaires ne doivent être remplis par le maître que si l'affaire a été bien administrée.

42. La mère doit donc agir pour sauvegarder autant que possible l'intérêt des mineurs qui ne doivent pas souffrir de sa faute ou de sa négligence (1) : Ainsi elle doit faire tous les actes conservatoires du patrimoine des

(1) AUBRY et RAU, t. 1, § 99 bis, page 403. HUC, t. 6, n° 274.

mineurs, interrompre les prescriptions (1), inscrire et renouveler les inscriptions hypothécaires.

Il faut toutefois remarquer que la mère ne pourra guère accomplir que des actes purement conservatoires : car pour les actes les plus importants de la gestion tutélaire, il est nécessaire, en général, que le tuteur remplisse certaines formalités prescrites par la loi (autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal, etc.) Or, ne lui sera-t-il pas souvent impossible de faire ces actes parce que le conseil de famille ou le tribunal lui refuseront leur autorisation, à cause de sa fausse situation ? les tiers, avec lesquels elle voudra traiter, ne refuseront-ils pas de le faire parce qu'elle n'est plus le représentant légal des mineurs ?

43. Mais pour ceux qu'elle sera parvenue à accomplir, ils seront valables et opposables au mineur *pourvu que l'intérêt des enfants soit respecté* ; et, si les enfants ont été lésés, ils pourront proposer la nullité de ces actes et l'obtenir, s'ils prouvent la lésion dont ils ont été victimes (2).

Ces actes sont toujours valables à l'égard des tiers, qui ne peuvent se prévaloir de cette nullité toute relative :

(2) Limoges, 17 juillet 1822, S., 1822. 2. 98.

(3) DEMOLOMBE, t. 7, n° 122. LAURENT, t. 4, n° 391.

AUBRY et RAU, t. 1, § 99 bis, page 408 et note 29 disent que : ces actes pourraient être opposés aux mineurs par application des principes sur la negotiorum gestio ou sur la versio in rem (donc seulement dans la mesure où leurs affaires auraient été bien gérées, (art. 1375), et non comme actes de tutelle.

Nous croyons que les actes faits par la mère sont bien des actes de tutelle ; l'intérêt de la question est celui-ci : si les actes faits par la mère ne sont pas des actes de tutelle, c'est qu'elle n'est pas tutrice ; n'étant pas tutrice, ne fut-ce que de fait, elle n'est pas

elle n'a pas été établie dans leur intérêt, or, en général, les nullités ne peuvent être invoquées que par ceux dans l'intérêt desquels elles ont été établies. En outre, en traitant avec la mère, ils lui ont reconnu la qualité de tutrice, que du reste, elle avait en fait. Ils ne pourraient pas invoquer leur bonne foi en disant qu'ils ont ignoré la situation de la femme, car les deuxièmes nocces ont été publiques, et en admettant qu'ils ne les aient pas connues, ils ont fait preuve d'une négligence impardonnable en ne recherchant pas quelle était la véritable situation légale de la personne avec laquelle ils agissaient (1). S'ils avaient fait un paiement entre les mains de la mère, ils ne pourraient pas invoquer l'article 1240 qui permet au débiteur de payer entre les mains de celui qui est en possession de la créance, car la mère n'est pas titulaire de la créance, elle n'est même pas en possession de la qualité de créancière.

soumise à toutes les obligations qu'impose ce titre : ainsi elle n'est pas soumise à l'hypothèque légale.

Or, AUBRY et RAU reconnaissent que les biens de la femme sont, en cette hypothèse, grevés de l'hypothèque légale (t. 3, § 264 bis, page 209 et note 13) parce que, disent-ils, c'est une tutelle que la mère conserve.

(1) Cependant si le tiers était d'une bonne foi irréprochable, si les actes, par exemple, avaient été passés avec l'autorisation du conseil de famille ou si la mère avait frauduleusement dissimulé son second mariage, si elle s'était fait passer pour veuve, ne faudrait-il pas cependant valider ces actes même s'ils avaient été faits contre l'intérêt des mineurs? (DEMOLOMBE, t. 7, n° 121). Le tiers ne pourrait-il pas en demander la nullité?

Nous ne le croyons pas, la mère en effet ne peut faire des actes d'administration que dans l'intérêt de ses enfants, et de plus la nullité a été instituée seulement au profit des mineurs.

En ce sens Cas. Civ., 28 mai 1823, S., 1823. 1. 252.

En sens contraire AUBRY et RAU, t. 1., § 99 bis, page 108.

44. Nous avons dit que la mère, tutrice de fait, est soumise aux mêmes charges que lorsqu'elle est tutrice de droit : ses biens continuent donc à être grevés de l'hypothèque légale ; la mère, en effet, au moment de son convol était tutrice, or, en ne remplissant pas les formalités prescrites par l'article 395, elle a, en tant que tutrice, commis une faute ou une négligence ; la loi lui ordonnait, en effet, de consulter le conseil de famille sur le point de savoir si elle pouvait conserver ce poste de confiance : toutes les conséquences de sa faute ou de sa négligence donnent lieu aux garanties et aux sûretés attachées à la tutelle.

D'autre part, le législateur prévoyant un fait, le second mariage, indépendant de la volonté des mineurs, nuisible à leurs intérêts, cherche, à raison de ce fait à multiplier les sûretés accordées aux mineurs ; il conserve évidemment la principale, celle qui résulte de l'hypothèque légale remontant à l'ouverture de la tutelle ; d'ailleurs, ne qualifie-t-il pas de tutelle, cette gestion que la mère conserve et dont il la rend responsable ; n'est-il pas logique de faire produire à cette responsabilité sa principale conséquence ? Et si telle n'était pas la volonté de la loi, si la mère n'était pas soumise à l'hypothèque légale, il en résulterait que sa faute et la violation qu'elle a faite de la loi, nuiraient à ses enfants et profiteraient à elle-même.

Ce résultat n'est pas possible ; il existe non pas une gestion d'affaires, mais une tutelle de fait ne faisant qu'une seule et même tutelle avec celle de droit exercée antérieurement au convol, n'étant que la suite de celle-ci, se rattachant à la même administration et à la même personne, sans interruption réelle : elle a donc la même

nature, et rien ne doit être changé aux dates des sûretés accordées par la loi aux mineurs. (1).

45. La mère est aussi soumise aux obligations auxquelles est assujetti le tuteur de droit. Ainsi, elle devra rendre un compte de tutelle (2) (art. 469); elle ne pourra traiter avec ses enfants devenus majeurs si elle n'a pas rendu un compte détaillé et remis les pièces justificatives (art. 472) (3); jusqu'à la reddition de ce compte, elle ne pourra rien recevoir de ses enfants, soit par donation entre vifs, soit par testament (art 907) (4).

3° *Le second mari est cotuteur de fait.*

46. Il arrivera généralement que le mari gèrera la tutelle que la femme a indûment conservée; en tous cas la loi le frappe de la même responsabilité que la mère, elle le déclare implicitement tuteur de fait : Le mari est donc soumis aux mêmes charges, aux mêmes obligations que sa femme, et ce qui a été dit des actes de la mère s'applique aussi au mari cotuteur de fait : il faut lui appli-

(1) DEMOLOMBE, t. 7, n° 125; DEMANTE, t. 2, n° 144 bis. COLMET de SANTERRE, t. 9, n° 82 bis III. BAUDRY LACANTINERIE et de LOYNES, t. 2, n° 1187.

Cas. Req. 15 dec. 1825, S., 1825. 1. 239 - Colmar, 23 juin 1832, D. R. Priv. et hyp. n° 1029.

(2) DEMOLOMBE, t. 8, n° 36.

(3) DEMOLOMBE, t. 8, n° 82.

LAURENT, t. 4, n° 390, t. 11, n° 335, dit que ce n'est pas une tutelle que la mère conserve, mais une indue gestion; que l'on ne peut donc pas appliquer à la mère les dispositions et incapacités qui régissent la tutelle, mais que l'article 472 lui serait cependant applicable.

(4) DEMOLOMBE, t. 1, n° 485-489-499, t. 8, n° 84.

quer les art. 469 (1) 472 (2) 907 (3), ses biens sont grevés de l'hypothèque légale (4).

Nous avons vu, en effet, que la responsabilité de la mère est garantie par une hypothèque légale :

Ne pourrait-on pas dire cependant : le mari n'a jamais été tuteur, il ne peut le devenir par le fait d'où résulte pour son épouse la déchéance de la tutelle il n'est donc pas soumis à une responsabilité tutélaire (5) ?

Non, la femme est tutrice de fait, ses biens sont frappés de l'hypothèque légale (6) : en déclarant le mari frappé de la *même* responsabilité, le législateur a bien laissé entendre que c'était aussi une responsabilité tutélaire assurée par la même garantie. Comment admettre que les mineurs soient privés par la faute ou la négligence de leur mère et aussi de leur parâtre de l'hypothèque légale qui leur aurait été accordée si les formalités prescrites par la loi avaient été accomplies ?

(1) DEMOLOMBE, t. 8, n° 36; DEMANTE, t. 2, n° 144 bis VI.

(2) DEMOLOMBE, t. 8, n° 82, t. 7, n° 129.

(3) DEMOLOMBE, t. 8, n° 84; AUBRY et RAU, t. 7, § 649, page 30. Cass. Req. 14 déc. 1836, S., 37. 1. 87.

(4) DEMOLOMBE, t. 7, n° 128; DEMANTE, t. 2, n° 141 bis, V; AUBRY et RAU, t. 3, § 264 bis, p. 209 et suiv, note 13 et 14; BAUDRY LACANTINERIE, t. 3, n° 1245.

Req. 27 juin 1877, D., 78. 1. 412. — Seine, 3 mai 1892. Jour. Not. 1892, page 488.

En sens contraire; LAURENT, t. 30 n° 264, HUC, t. 6, n° 275. MARCADÉ t. 2, sous 396 n° 2.

(5) MARCADÉ, t. 2, art. 395; COLMET de SANTERRE, t. 9, n° 82 bis IV.

(6) COLMET de SANTERRE, (t. 9, n° 82 bis III) admet que la femme est tutrice de fait et que ses biens sont grevés de l'hypothèque légale.

47. Mais ne faut-il pas faire une distinction, et ne frapper les biens du mari de cette hypothèque que si, en fait, il a administré la tutelle (1)?

Pour appliquer cette distinction, il faudrait se livrer à des recherches très difficiles ; l'art. 395, loin de l'établir, rend au contraire le mari responsable de *toutes les suites* de la tutelle, visant ainsi les cas où le second mari aura ou n'aura pas géré ! Quelle raison invoquer pour que dans un cas, cette responsabilité soit garantie par une hypothèque, et non dans l'autre ?

Le mari est donc sous le coup de la même responsabilité que celle qui pèse sur la mère ; ses biens doivent être comme ceux de la mère, et dans la même mesure, grevés de l'hypothèque légale, or cette hypothèque garantit sur les biens de la femme, les créances qui peuvent être dues aux mineurs à cause, soit de la gestion antérieure soit de la gestion postérieure au mariage (voir n° 48), la sûreté réelle à laquelle sont assujettis les biens du nouveau mari doit avoir la même étendue.

4° Les deux nouveaux époux sont solidairement responsables de toutes les suites de la tutelle indûment conservée : c'est-à-dire de la gestion antérieure et postérieure au second mariage.

48. La responsabilité de la mère remariée s'étend évidemment à la gestion antérieure et postérieure au second mariage ; quant à la responsabilité du second mari, elle embrasse non seulement la gestion postérieure au mariage : ce qui est la juste conséquence de l'in-

(1) DEMANTE, t. 2, n° 144 bis VI.

fluence qu'il exercera sur cette administration, mais aussi la gestion antérieure (1) (Voir n° 47).

Cette dernière solution est celle qu'admettait le droit romain (2) et l'ancien droit (3), où l'on tenait pour maxime « qui épouse la veuve épouse la tutelle ». Le législateur de 1804 semble avoir d'abord eu l'intention de rompre avec la théorie traditionnelle, mais il y est revenu dans sa rédaction définitive.

Examinons en effet les travaux préparatoires :

Le projet communiqué officieusement par le Conseil d'État au Tribunal le II brumaire an X était ainsi conçu : « Si la mère veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée ; à défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de l'indue gestion qui aura eu lieu *depuis le nouveau mariage* (4) ». Le Tribunal demanda un changement de rédaction, parce qu'ainsi conçu, l'article semblait exprimer que le nouveau mari n'était responsable que de son indue gestion et non du défaut de gestion ; il proposa de dire : « et son

(1) AUBRY et RAU, t. 1, § 99 bis, p. 407, note 26. HUC, t. 3, N° 275. DEMANTE, t. 2, N° 144 bis, IV.

Nîmes, 30 nov. 1831, S., 32. 1. 139.—Nancy, 27 juin 1891, Gazet. Pal. 91. 2. 455. Pand. franç. 92. 2. 197.

Contra : DEMOLOMBE, t. 7, N°s 126 et suiv. LAURENT, t. 4, N° 389.

(2) L. 6, C. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. L. 8, t. XV. Voir *Introduction*.

(3) DOMAT. *Lois civiles*, V^e vol., livre II, titre I, section 3, N° 37, page 421 (Édition Remy). Voir *Introduction*.

(4) FENET, t. 10, pages 596-597.

nouveau mari sera responsable avec elle *depuis le nouveau mariage* ». Le Conseil eut, par cette observation, l'attention attirée sur cet article : il en chercha une nouvelle rédaction, et, au lieu de remplacer les termes de sa disposition primitive par ceux que lui proposait le Tribunat ou par toute autre expression qui eût rendu le mari responsable de sa gestion ou de son défaut de gestion *depuis le nouveau mariage*, il rédigea un article par lequel il n'admettait plus aucune restriction à la responsabilité, il supprima le membre de phrase qui la limitait à la période postérieure au mariage et il déclara que le mari serait responsable « *de toutes les suites* de la tutelle indûment conservée ».

Les travaux préparatoires ne donnent pas les motifs de cette transformation : on s'est basé sur ce silence pour affirmer que le Conseil d'État a oublié dans sa rédaction définitive ces mots « depuis le nouveau mariage », qu'il faut les sous-entendre et que le nouveau mari n'est responsable que depuis cette époque.

C'est une affirmation dénuée de fondement : N'est-il pas plus sage de croire que le Conseil d'État, appelé à modifier son article, s'est aperçu que, sans motif, il avait établi une règle nouvelle de législation et qu'il s'est aussitôt empressé de retrancher les mots qui portaient ainsi atteinte à une théorie aussi ancienne qu'équitable ; comment admettre le contraire en présence des termes énergiques dont se sert le législateur : le mari est responsable « de toutes les suites », donc, de la gestion et du défaut de gestion antérieure et postérieure au mariage.

Mais, dit-on, l'article ne dit pas « de toutes les suites de la tutelle » indistinctement, mais « de la tutelle indû-

ment conservée », il faut donc en conclure qu'il vise la tutelle indue, de fait, postérieure au mariage ! Nous ne le croyons pas, car, quelle est la tutelle dont la mère est responsable : c'est celle qu'elle avait, en droit, avant son mariage, en fait après cet événement : or, c'est à cette même tutelle que le législateur étend la responsabilité du second mari.

Les termes de l'art. 395 sont donc assez expressifs pour exprimer la volonté du législateur ; mais cette volonté éclate davantage encore quand on compare l'art. 395 et l'art. 396. Dans le premier, on lit : le mari est responsable de toutes les suites de la tutelle que la mère aura indûment conservée. Dans la deuxième : le mari est responsable de la gestion postérieure au mariage ; et l'on voudrait que ces deux phrases exprimées dans des articles qui se suivent, soient l'expression de la même théorie !

Cela n'est pas possible et la loi a établi avec raison une différence, au point de vue de l'étendue de la responsabilité entre le mari cotuteur de droit dont la femme a rempli les formalités légales, et le mari cotuteur de fait, n'ayant aucun titre de droit pour gérer la tutelle.

§ 4. — CARACTÈRE DE LA PERTE DE LA TUTELLE PAR LA MÈRE REMARIÉE.

49. *La perte de la tutelle par la mère remariée ne doit pas être considérée comme une exclusion ou une destitution ; soit que la mère ait perdu la tutelle par suite du non accomplissement des formalités de l'art. 395, ou par*

suite de la décision du conseil dûment convoqué, soit que par application de l'art. 396, elle ne puisse, postérieurement au mariage, être maintenue dans la tutelle à cause de la destitution du deuxième mari cotuteur.

En effet, les dispositions rigoureuses doivent, en principe, être interprétées restrictivement ; elles ne peuvent être étendues en dehors des cas prévus par le législateur.

Or l'exclusion et la destitution de la tutelle doivent être subies par ceux qui ont agi d'une manière plus ou moins reprehensible : le législateur a déterminé limitativement quelles causes seraient susceptibles d'entraîner ces mesures préventives ou répressives, quels seraient leurs effets.

Les causes : ce sont seulement la condamnation à une peine afflictive ou infamante, l'inconduite notoire, l'incapacité ou l'infidélité. (Art. 443 et 444.)

Les effets : l'impossibilité d'être nommé ou renommé tuteur, de faire partie d'un conseil de famille. (Art. 445.)

Parmi ces causes limitativement déterminées, le convol de la mère ne figure pas et ne pouvait pas figurer : le législateur voulait punir ceux dont l'honneur et la considération sont atteints : pouvait-il songer à la femme veuve qui se remarie ? Pouvait-il comprendre dans une même mesure, comme ayant encouru quelque infamie celui dont la gestion atteste l'incapacité ou l'infidélité ou dont l'inconduite est notoire, et la mère qui se remarie ? Et lorsque la mère remariée perd la tutelle par suite de l'exclusion ou de la destitution du second mari (1), oserait-on l'assimiler à cet époux ? (2)

(1) Voir n° 29.

(2) LAURENT, t. 4, n° 387.

Le législateur s'exprime d'ailleurs d'une manière explicite : Quand il veut exclure ou destituer, il le dit expressément et il emploie les termes : destitution, exclusion, (art. 443-447, etc.), exclu, destituable (art. 444), destitué (art. 445). Or, dans l'art. 395, son intention étant de retransmettre simplement à la mère l'exercice d'un droit, il se sert d'une expression bien différente de celles des art. 443 à 447, il dit : la mère *perdra* la tutelle.

Donc la mère remariée *perd* seulement le droit qu'elle avait à la tutelle, mais elle n'en est pas *exclue* ni *destituée*.

50. Il ne faut donc pas appliquer à cette hypothèse les conséquences de l'exclusion ou de la destitution de la tutelle.

Par conséquent, la mère qui a perdu la tutelle :

1° N'est pas incapable de faire partie d'un conseil de famille, elle devra même en sa qualité de mère, être appelée à celui de ses enfants du premier ou du second lit (1).

(1) DEMOLOMBE, t. 7, n° 130. DEMANTE, t. 2, n° 144bis, 11.

Mais le parâtre, le nouveau mari doit-il aussi faire partie du conseil de famille des enfants issus du premier lit de son épouse ?

L'art. 407 dit : Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés....., moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne.

Or l'alliance est le lien qui existe entre un époux et les parents de l'autre, elle emprunte à la parenté sa ligne et son degré : le parâtre est donc, dans la ligne maternelle, l'allié au premier degré des enfants du premier lit de sa femme, il doit faire partie du conseil de famille à l'exclusion de tous parents et alliés d'un degré plus éloigné.

Ceci paraît exact : l'art 407 règle, en effet, d'une manière formelle la composition du conseil de famille, mais la règle-t-il à peine de nullité ? Non. Le code a déterminé quelles sont les personnes, qui, selon toute présomption, portent le plus d'intérêt aux mineurs.

2° Elle peut être renommée tutrice de ses enfants du premier lit (1).

Dans ce cas :

: Le second mari sera nécessairement cotuteur (voir n° 29, note 4).

: La mère sera tutrice dative et non légale (2).

En effet, la mère ne tient plus son droit de la loi, mais de la délibération du conseil de famille, la loi dans cette hypothèse, n'est nullement intervenue pour dicter la décision du conseil : c'est cette assemblée qui, en vertu de ses pouvoirs propres, a choisi la mère, comme elle aurait pu choisir toute autre personne.

3° Le conseil de famille, qui, par application de l'art. 395, recherche si la mère peut être maintenue dans la tutelle de ses enfants mineurs, ne doit pas baser sa décision seulement sur ce que cette mère serait ou non, dans un des cas de destitution prévus par la loi : ce n'est pas en effet sur une destitution que le conseil doit

Mais cet intérêt peut justement exiger que certaines personnes comprises dans l'énumération de la loi ne fassent pas partie du conseil ! Dans ce cas, le juge de paix pourra et devra omettre de convoquer ces personnes et le conseil sera valablement formé sans elles : c'est ce qui aura lieu dans notre hypothèse.

DEMOLOMBE, t. 7, n° 332. AUBRY et RAU, t. 1, § 93, p. 378. LAURENT, t. 4, n° 477. HUC, t. 3, n° 303, et la jurisprudence admettent le principe dont nous tirons une application pour le parâtre.

(1) AUBRY et RAU, t. 1 § 99 *bis*, note 23. DEMOLOMBE, t. 7, N° 130. DEMANTE, t. 2, N° 144 *bis*, 11.

Paris, 24 juin 1856, D., 57. 2. 10. S., 56. 2. 527.

(2) HUC, t. 6, N° 276.

Montpellier, 16 juin 1866, D., 68. 2. 162. — Paris, 19 nov. 1887, D., 88. 2. 176. S., 88. 2. 29. — RENNES, 21 juillet 1890, D., 91. 2. 162. S., 91. 2. 20.

prononcer ; il doit surtout considérer l'intérêt des enfants mineurs et enlever la tutelle à la mère si cet intérêt exige impérieusement que la mère ne reste pas tutrice (1).

4° La décision du conseil de famille, enlevant la tutelle, ne doit pas être motivée, car, en principe, les délibérations des conseils de famille ne doivent pas être motivées, et le code n'apporte une exception à ce principe que pour les délibérations qui contiennent une exclusion ou une destitution (2).

§ 5. — VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS PRISES PAR LE CONSEIL DE FAMILLE.

51. Recherchons s'il est possible de recourir devant un tribunal contre les décisions du conseil de famille qui, par exemple, maintiennent ou ne maintiennent pas la mère remariée dans la tutelle (art. 395), qui nomment tutrice une autre personne que la mère, lorsque celle-ci a perdu ce titre par suite de son convol (art. 395, al. 2), qui appellent la mère à la tutelle après la lui avoir enlevée.

Il semble qu'en présence de l'art. 883 du C. de Proc. civ., on doive répondre affirmativement à cette question, (au moins pour les cas où les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes). Cet article dit :

« Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille

(1) Huc, t. 6, N° 279.

Agen, 24 déc. 1860, D., 61. 2. 20.

(2) AUBRY et RAU, t. 1, § 95, p. 387. DEMOLOMBE, t. 7, n° 140.
LAURENT, t. 4 n° 463.

Cass. 17 nov. 1813, (D. Rep. Minorité, n° 238).

ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. Les tuteur subrogé tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée pourront se pourvoir contre la délibération ; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation »

Et cependant, des auteurs (1) ont restreint la faculté d'appel aux délibérations qui excluent ou destituent un tuteur de ses fonctions. Les art. 447 et 448 du Code Civil, disent-ils, décident que les délibérations du conseil de famille qui *prononceront l'exclusion ou la destitution*, sont susceptibles de recours devant le tribunal de première instance ; donc, en matière de tutelle, les autres délibérations ne le sont pas : ainsi, par exemple, l'art. 395 n'ouvre aucun recours à la mère, la décision du conseil de famille est souveraine, en pareil cas.

Cette déduction serait peut-être exacte si le législateur avait, dans le Code Civil, organisé d'une manière complète le système des voies de recours contre les délibérations des conseils de famille ; mais il n'a fait connaître sa volonté à cet égard que dans le Code de Procédure civile, par un article cité plus haut, où il a, sur ce point, complété le Code Civil, où il a édicté une disposition qui tranche cette question d'une manière précise et générale, et s'il avait voulu admettre une exception à ce texte formel, il l'aurait certainement indiquée.

L'intérêt des mineurs n'exige-t-il pas que ce ne soit pas sans contrôle que les conseils de famille statuent sur des questions aussi graves : sur le choix du tuteur, le maintien de la tutelle à la mère en cas de second mariage ? Et en par-

(1) Voir plus loin.

ticulier ne serait-il pas à craindre que, dans cette dernière hypothèse, les membres du conseil, appartenant soit à la branche paternelle, soit à la branche maternelle, ne se laissent aveugler par le ressentiment qu'ils éprouvent en général contre le second mariage de la mère, et ne soient amenés à enlever la tutelle à cette dernière sans consulter l'intérêt des enfants ?

De plus, le législateur en exposant les motifs de l'art. 883 du Code de Procédure civile a clairement indiqué sa volonté : il a dit : « *Le titre 10* (sous lequel est compris l'art. 883), n'est à proprement parler que le *complément* du Code Civil dans ses dispositions relatives au Code de Procédure » (1). — « Le titre 10 est relatif aux avis de parents : soit à celui qui nomme un tuteur à un mineur soit... » (2).

Après ces explications générales, il a édicté l'art. 883 : pouvait-il exprimer plus explicitement la généralité du droit de recours accordé par cet article en matière de constitution de tutelle ?

Nous devons donc conclure que la délibération du conseil de famille, en matière de constitution de tutelle, est susceptible de recours devant le tribunal, quand elle n'a pas été prise à l'unanimité. L'action doit être dirigée contre les membres qui ont été d'un avis contraire (3).

(1) Exposé des motifs, fait par BERLIER au Corps législatif, le 12 avril 1806. Voir D. Rép. Mino., page 77, note 1.

(2) Rapport de MORICAUT au Corps législatif, le 22 avril 1806, D. loc. cit., note 2.

(3) Dans ce sens. LAURENT, t. 4, N^{os} 470 et suivants. HUC, t. 2, N^o 321.

54. Voici quelques-unes des conséquences qui découlent de ce nous venons de dire. 1^o la décision du conseil de famille qui refuse de maintenir dans la tutelle la mère convolant à de secondes noces, peut, lorsqu'elle n'est pas unanime, être l'objet d'un recours de la part, soit des membres dissidents, soit même de la mère agissant en qualité de tutrice dont elle n'est pas encore dessaisie, et être annulée par le tribunal, s'il y a lieu (1).

2^o La délibération qui ne rend pas à la mère la tutelle qu'elle avait perdue de plein droit pour n'avoir pas, lors de son convol, rempli les formalités prescrites par l'art. 395, peut être attaquée par la mère (art. 407) (2).

3^o La délibération qui n'approuve pas le choix d'un tuteur fait par la mère remariée et maintenue dans la tutelle est susceptible de recours de la part des membres dissidents (3).

55. Mais, remarquons toutefois que le recours au tribunal est une simple demande en nullité et non un véritable appel :

L'intérêt de cette question concerne l'étendue des pouvoirs du tribunal qui dans le premier cas pourra

(1) Rouen, 25 nov. 1868, D., 69. 2. 76. S., 69. 2. 48. — Montpellier, 14 mai 1883, S., 85. 2. 50. — Paris, 19 nov. 1887, D., 88. 2. 176. S., 88. 2. 29. — Besançon, 29 janv. 1896, S., 96. 2. 32. D., 97. 2. 307.

Contra : DEMOLOMBE, t. 7, n^o 140.

Angers, 11 nov. 1875, D., 76. 2. 31. S., 76. 2. 168. — Rouen, 27 juil. 1891, S., 92. 2. 53 (il s'agissait d'une décision prise à l'unanimité).

(2) Contra : AUBRY et RAU, t. 1, § 99 *bis*, note 23.

Montpellier, 13 juin 1866, D., 68. 2. 162. S., 67. 2. 114.

(3) Contra : DEMOLOMBE, t. 7, n^o 167.

seulement annuler la décision du conseil de famille et dans le second substituer sa décision propre à celle de cette assemblée.

Si l'on admettait que le recours est un véritable appel, il appartiendrait au tribunal de réformer la décision du conseil, de nommer lui-même le tuteur. Or, cette nomination a toujours été reconnue comme appartenant au seul conseil de famille; c'est seulement contre un jugement que l'on peut recourir en appel, et la décision du conseil de famille n'est pas un jugement, car le conseil n'est pas un premier degré de juridiction (1).

La décision du tribunal ne statue donc que sur une demande en nullité, elle statue en premier ressort et elle est susceptible d'appel (2).

Le conseil de famille dont la décision a été annulée doit se réunir à nouveau pour procéder à la nomination d'un nouveau tuteur.

Il y a encore une autre conséquence, toute spéciale à notre matière, qui résulte de ce que le tribunal peut seulement annuler la délibération du conseil de famille. On sait que la mère tutrice et remariée peut choisir un tuteur à ses enfants, mais ce choix n'est pas valable si le conseil de famille ne le confirme pas: En cas de recours contre cette délibération, le tribunal ne pourra pas confirmer le choix de la mère, il pourra seulement annuler la décision du conseil.

(1) GARSONNET. *Traité de procédure civile*, n° 1289, t. 6, p. 245.

(2) Besançon, déjà cité et note de RAOUL BIVILLE sous cet arrêt.

CHAPITRE TROISIÈME.

Influence des secondes noccs sur le droit de choisir un tuteur.

56. L'art. 397 accorde au dernier mourant des père et mère le droit individuel de choisir un tuteur à ses enfants : Il est nécessaire pour exercer ce droit, que le dernier mourant soit tuteur au moment de son décès (1). Car s'il ne l'était pas, et qu'il usât de cette faculté, il destituerait le tuteur en fonctions à cette époque, il transmettrait un droit qui ne lui appartient pas, il délèguerait un pouvoir qu'il n'a pas eu le dévouement, la capacité ou la dignité de conserver.

57. Le Code n'a pas de disposition spéciale à ce sujet, concernant le second mariage du père : ce dernier conserve donc en entier l'exercice de son droit.

58. Dans deux articles, le législateur s'est au contraire préoccupé du convol de la mère, mais il paraît n'y avoir fait que l'application du principe posé plus haut : La mère remariée ne peut choisir de tuteur que si elle est tutrice au moment de son décès (et elle ne peut le faire qu'avec une importante restriction).

(1) En ce sens DEMOLOMBE, t. 7, n° 163. AUBRY et RAU, t. 1, § 100, page 410. BAUDRY-LACANTINERIE, t. 1, n° 104. LAURENT, t. 4, n° 396.

L'art. 399 dit en effet :

« La mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur ».

Le législateur suppose que si la mère n'a pas été maintenue dans la tutelle lors du convol, il est probable que le conseil de famille ne l'appellera jamais à cette fonction.

D'autre part, l'art. 400 dit que la mère maintenue dans la tutelle pourra faire choix d'un tuteur, il prévoit l'hypothèse où la mère restera en fonctions jusqu'à son décès.

59. Donc, pour savoir si le dernier mourant des père et mère remarié a le droit de se choisir un successeur pour la tutelle, il faut rechercher avant tout s'il exerçait cette fonction lors de son décès.

Et nous déciderons, par conséquent, que : la mère, maintenue dans la tutelle lors de son convol, qui n'exerce plus cette fonction lors de son décès par suite d'excuse ou de destitution, par exemple, ne pourra user de l'art. 397; mais lorsque la mère a perdu la tutelle de plein droit (art. 395), ou n'y a pas été maintenue au moment de son second mariage, ou ne l'exerçait pas à cette époque par suite d'un refus antérieur, elle aura cependant le droit de déférer la tutelle, si le conseil de famille l'a appelé postérieurement à cette fonction, et si elle l'exerce encore lors de son décès.

60. Cependant, dit-on, la mère dans toutes ces hypothèses est tutrice dative, elle ne tient ses pouvoirs que du conseil de famille, elle ne peut les transmettre sans porter atteinte aux droits de nomination de ce conseil,

la mère ne peut déférer ses droits que dans les cas où elle les tient de la nature et de la loi (1).

Cette théorie repose peut-être sur une confusion.

Si la mère tutrice dative ne peut avoir, à ce point de vue, un pouvoir aussi étendu que lorsqu'elle est tutrice légale, on ne peut cependant affirmer que ce pouvoir n'existe pas.

Le Code accorde à la mère le droit de choisir son successeur dans les deux hypothèses, mais l'exercice de ce droit est différent selon qu'elle est tutrice légale ou dative.

Est-elle tutrice légale ? elle ne sera pas, pour choisir un tuteur, soumise à la confirmation du conseil de famille (art. 397).

Est-elle tutrice dative ? (Elle l'est toujours quand elle est remariée (voir n° 21)), alors est nécessaire l'intervention du conseil de famille, de qui elle tient ses droits ; le choix que fait la mère est valable, mais seulement avec la confirmation du conseil (art. 400), qui doit s'assurer que pour prendre une décision aussi grave, la mère n'a pas obéi à des influences funestes émanées de la nouvelle famille dans laquelle son convol l'a fait entrer.

L'art. 400 ne prévoit, il est vrai, qu'un seul cas de tutelle dative, celui où la mère remariée a été maintenue dans la tutelle à l'époque de son convol, mais de ce que le législateur a statué sur l'hypothèse la plus fréquente, doit-on conclure qu'il a exclu tous les autres cas où la mère devient tutrice dative postérieurement à son second

(1) LAURENT, t. 4, n° 398. HUC, t. 3, n° 280. MARCADÉ, t. 2, art. 400, n° 1.

mariage? Il n'y a nulle raison de distinguer entre ces différentes hypothèses et l'intervention du conseil de famille est aussi indispensable dans l'une que dans l'autre.

La mère peut donc transmettre la tutelle qu'elle tenait du conseil de famille, avec l'assentiment toutefois de cette assemblée dont elle respecte ainsi les droits (1).

CHAPITRE QUATRIÈME.

Disparition du survivant des père et mère remarié, tuteur de ses enfants mineurs du premier lit.

61. C'est pour décider que les dispositions prises par l'art. 142 du C. C. seront applicables que le législateur prévoit dans l'art. 143, l'hypothèse dont il es question dans la rubrique de ce chapitre.

L'art. 142 édicte, en effet, quelles règles seront applicables quand le père ou la mère d'un enfant mineur étant décédé, le survivant à qui la tutelle est confiée, vient à disparaître.

C'est justement la question qui nous intéresse : l'un des auteurs d'enfants mineurs est décédé, le survivant

(1) Lorsque la mère remariée décède après avoir usé du droit de se choisir un successeur, la tutelle n'appartiendra pas aux ascendants des mineurs, si le tuteur choisi par la mère n'entre pas en fonctions. En effet, l'art. 402 dit que la tutelle n'appartient aux ascendants que dans le cas où il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant des père et mère.

En ce sens, MARCADÉ, t. 2, art. 400, n° 2. DEMOLOMBE, t. 7, n° 7, n° 169. DEMANTE, t. 2, n° 148 bis 11.

Voir PAND. FRANÇ., 92. 2.15.

devient leur tuteur, il se remarie, puis disparaît. (On ne doit pas se préoccuper de la présence du conjoint de ce survivant, qui n'est qu'un étranger pour les enfants du premier lit de ce dernier).

62. Lorsque le survivant, dont il vient d'être parlé, disparaît de son domicile ou de sa résidence et ne donne plus de ses nouvelles, son existence devient incertaine : il est *préssumé absent*.

Six mois après cette disparition, le conseil de famille doit déférer la surveillance des enfants mineurs aux ascendants les plus proches, ou à leur défaut à un tuteur provisoire.

Pendant six mois, personne n'est donc chargé régulièrement de surveiller la personne des mineurs ni d'administrer leurs biens : il peut cependant arriver des circonstances dans lesquelles il est indispensable de protéger efficacement ces enfants, soit dans leur personne, soit dans leurs biens : On appliquerait l'art. 112 C.C. : Le tribunal ferait prendre les mesures nécessaires, et cela sur la demande, soit des parties intéressées, soit du subrogé tuteur, soit du ministère public (art. 114). L'art. 112, il est vrai, ne concerne expressément que l'administration des biens du présumé absent : ne doit-il pas, à fortiori, s'appliquer aux biens et à la personne des enfants de cet absent ? (1).

Après l'expiration des six mois, le conseil nomme un tuteur provisoire choisi d'abord entre les ascendants les plus proches, sans distinction de sexe ; à leur défaut il nomme toute autre personne.

(1) DEMOLOMBE, t. 2, n° 231. DEMANTE, t. 1, n° 182 bis, 1.

Nous trouvons ici une dérogation à l'art. 402 : d'après cet article, la tutelle, dans notre hypothèse, appartient de plein droit à l'ascendant mâle le plus proche, sans intervention du conseil de famille : Cette dérogation établie par le législateur doit être respectée ; nous repoussons donc le système qui admet que l'art. 142 a été abrogé par l'art. 402, et que seul ce dernier article doit être appliqué (1). En effet, les hypothèses prévues par ces deux dispositions législatives, ne sont pas les mêmes. Dans l'art. 142 le législateur prévoit le remplacement d'un tuteur disparu, mais seulement présumé absent, dans l'art. 402 le remplacement d'un tuteur décédé : rien ne prouve qu'en statuant sur l'art. 402 le législateur ait voulu modifier la règle qu'il avait précédemment établie sur l'art. 142 (2).

La personne choisie par le conseil de famille exerce une véritable tutelle : Le législateur le dit en termes exprès quand ce n'est pas un ascendant qui est chargé de la surveillance des enfants : il n'y a aucune raison pour admettre qu'il en est autrement quand c'est un ascendant qui est appelé à remplir cette mission. Par conséquent il y a lieu de nommer un subrogé tuteur, les biens du tuteur provisoire sont soumis à l'hypothèque légale (3) et

(1) MARCADÉ, t. 1, 500.

(2) DEMOLOMBE, t. 2, n° 321. DEMANTE, t. 1, n° 182 bis 11. BAUDRY LACANTINERIE et HOUQUES FOURCADE, t. 1, n° 1296.

(3) En ce sens : AUBRY et RAU, t. 1, § 160, page 638 et note 7. LAURENT, t. 2, n° 148. MARCADÉ, t. 1, n° 499. BAUDRY LACANTINERIE et HOUQUES FOURCADE, t. 1, n° 1295.

DEMANTE, t. 1, n° 182 bis 11. DEMOLOMBE, t. 2, n° 321 admettent que la surveillance est une tutelle quand elle est déférée à un collatéral ou à un étranger et qu'elle ne revêt pas ce caractère quand elle est dévolue à un ascendant.

le conseil de famille n'a, pour organiser cette surveillance, que les pouvoirs qui lui sont reconnus pour l'organisation de toute tutelle.

63. Si le survivant disparu continue à ne pas donner de ses nouvelles, il peut être *déclaré absent* : et cela après onze ou cinq années depuis la disparition ou les dernières nouvelles selon qu'il a ou n'a pas laissé de procuration (art. 115 et 119).

La déclaration d'absence a pour effet de faire exécuter provisoirement tout ce qui serait fait définitivement, si la mort de l'absent était certaine. La tutelle s'ouvre donc suivant les règles du droit commun applicables quand la mort a privé le mineur de ses deux auteurs. La tutelle, organisée conformément à l'art. 142, fait place à une tutelle déférée selon les règles différentes des art. 402 et 405.

64. Remarquons que le survivant remarié peut ne pas être tuteur de ses enfants du premier lit.

Dans cette hypothèse, peu importe, quant à la tutelle, que ce survivant vienne à disparaître, ou même soit déclaré absent : la tutelle ne devient pas vacante par cette disparition, et il n'y a aucune raison pour admettre que le tuteur nommé par le conseil de famille, doive à cette époque, cesser ses fonctions.

TITRE TROISIÈME.

DE LA GARDE DES ENFANTS, EN CAS DE DIVORCE.

65. Pendant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle appartient au père seul, mais lorsque le divorce a rompu le lien conjugal qui unissait deux personnes, la loi n'accorde plus à l'une de prééminence sur l'autre particulièrement, quant au principal attribut de la puissance paternelle, c'est-à-dire quant au droit de garde et d'éducation.

Il ordonne que les enfants soient confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, et dans l'intérêt des enfants, ne les confie à l'autre époux ou à une tierce personne. Celui aux soins duquel les enfants sont ainsi remis porte le titre de gardien.

66. Nous étudierons sous ce titre les effets particuliers et spéciaux produits, par le second mariage d'une personne divorcée, sur le principal attribut de la puissance paternelle : sur le droit de garde et d'éducation.

Nous examinerons quelle est la situation faite aux enfants du premier lit par le convol de celui de leurs

auteurs à qui ils avaient été confiés, ou par la disparition de ce gardien remarié.

Doit-on alors appliquer à la garde les diverses règles étudiées aux titres précédents et gouvernant la puissance paternelle ou la tutelle, lorsque des événements de même nature viennent bouleverser ces institutions, c'est-à-dire lorsque celui qui en est chargé se remarie, ou qu'étant remarié il disparaît ?

Nous ne le croyons pas. La loi a édicté, en effet, un système tout spécial pour la nomination du gardien. En cette matière, il n'y a pas, comme lorsqu'il s'agit de la puissance paternelle, une personne à qui la garde est confiée de plein droit ; il n'y a pas, comme dans certains cas pour la tutelle, une assemblée de famille chargée de procéder à la nomination :

Le gardien est toujours, implicitement ou explicitement, désigné par le tribunal qui a prononcé le divorce.

Or, le tribunal, pour désigner ce gardien, doit se baser uniquement *sur le plus grand avantage des mineurs* ; cet intérêt est, en cette matière, le régulateur suprême (1).

Par conséquent, si, postérieurement, cet intérêt se modifie, la décision du tribunal doit aussi se modifier, car elle ne serait plus conforme au vœu de la loi.

Aussi les tribunaux se sont reconnu le droit de modifier leurs décisions sur ce point : les mesures prises relative-

(1) ROBERT FREMONT. *Traité pratique du Divorce*, 2^e édit., n° 901. Cass., 3 fév. 1880, S., 80. 1. 468. — Cass., 23 fév. 1881, S., 81. 1. 309 ; — Cass., 19 nov. 1888, Pand. franc., 88., 1. 271. ; — Cass., 28 fév. 1893, Pand. franc., 93. 1. 9. D., 93. 1. 206 ; — Cass., 15 déc. 1896, D., 97. 1. 420.

ment à la garde des enfants sont, en effet, essentiellement provisoires, elles n'ont aucun caractère définitif et immuable et sont susceptibles de recevoir tous les changements que l'intérêt moral ou matériel des enfants peut comporter et rendre nécessaires suivant les circonstances (1).

Or, quand le père ou la mère, à qui la garde a été confiée, se remarie ou disparaît, nous sommes précisément en présence de l'une de ces hypothèses où les circonstances existant lors de la désignation primitive ayant été profondément modifiées, il appartient au tribunal, qui a prononcé le divorce, d'examiner si l'intérêt des mineurs n'exige pas la nomination d'un nouveau gardien.

Telles sont les règles spéciales qui gouvernent la nomination du gardien; il ne faut donc pas, quand il s'agit de cette nomination, suivre les règles régissant d'autres institutions: il suffit d'obéir aux prescriptions de l'article 302 du Code civil.

Etudions les hypothèses qui nous préoccupent à l'aide des principes que nous venons d'examiner.

CHAPITRE PREMIER.

Second mariage du gardien.

67. Si l'on appliquait les règles édictées pour la puissance paternelle, en pareille circonstance celui des

(1) Cass., 1^{er} août 1883, D., 85. 1. 206. S., 84. 1. 116; — Paris, 15 avril 1886, S., 86. 2. 182. — Cass. Req., 4 juillet 1893. D., 94. 1. 23.

auteurs des enfants qui est chargé de la garde continuerait à en être investi, avec quelques restrictions.

Si l'on appliquait les règles gouvernant la tutelle, le père continuerait de plein droit à être gardien après son convol, la mère ne pourrait conserver ce titre qu'en remplissant les formalités prescrites par l'art. 395. Mais que déciderait-on si ce gardien était une tierce personne? Où trouverait-on dans les articles consacrés à la tutelle une disposition qui puisse nous donner la clef de ce problème?

Nous obéirons donc aux dispositions établies par le législateur non pas pour la tutelle, ni pour la puissance paternelle, mais pour la garde.

Ces dispositions exigent que le tribunal remplace le gardien lorsque l'intérêt des mineurs l'exige, c'est ce qui peut arriver en cas de secondes noces du père ou de la mère à qui les enfants ont été confiés, c'est donc avant tout une question de fait à résoudre par le juge que celle de savoir à qui seront confiés les enfants mineurs lorsque leur gardien se remarie.

CHAPITRE DEUXIÈME

Disparition du gardien remarié.

68. Posons d'abord l'hypothèse dont il s'agit ici :

D'une part : l'un des époux divorcés ou même tous les deux se sont remariés ; d'autre part, celui à qui avait été confiée la garde des enfants disparaît du lieu de son domicile ou de sa résidence, sans donner de ses nouvelles.

Supposons d'abord que les deux époux divorcés vivent encore.

§ I. LES DEUX ÉPOUX DIVORCÉS VIVENT ENCORE,
L'UN D'EUX OU TOUS DEUX SE SONT REMARIÉS.

69. Nous avons donc en présence : les enfants mineurs, leurs père et mère, peut-être une tierce personne à qui la garde a été confiée, les seconds époux.

Que se passera-t-il si le gardien vient à disparaître.

70. Si celui qui disparaît *n'avait pas la garde des enfants*, celui à qui elle avait été confiée, la conserve : cela est presque évident, et on peut comparer cette situation à celle-ci : un père et une mère non divorcés ont des enfants communs, la mère qui n'exerce pas la puissance paternelle vient à disparaître, le père continue, de plein droit, à exercer la puissance paternelle.

71. Mais si celui qui disparaît *avait la garde des enfants* ? C'est, par exemple, une tierce personne ; sera-ce le père ou la mère qui la remplacera ? C'est l'un des anciens époux : sera-t-il remplacé par l'autre ?

Il est d'abord certain que le nouvel époux du gardien ne peut pas prétendre succéder à son conjoint dans ce poste de confiance, il est un étranger pour les enfants issus de la première union du gardien.

Parmi les trois articles (art. 141, 142, 143) que le Code Civil consacre à la surveillance des enfants mineurs dont l'un des auteurs a disparu, il en est certainement deux qui ne s'occupent pas de cette hypothèse :

En effet, les art. 142 et 143 prévoient le cas où l'un des auteurs étant décédé, l'autre disparaît. Or nous supposons que les deux auteurs vivent encore.

Il reste l'art. 141. Nous croyons qu'il ne répond pas non plus à notre question.

Cet article a été édicté en vue de l'hypothèse de la disparition, pendant le cours normal du mariage, de celui auquel le législateur a confié uniquement l'exercice de la puissance paternelle, en général (art. 373) et du droit de garde, en particulier; l'article désigne la personne chargée de remplacer cet absent.

Toute autre est l'hypothèse qui nous préoccupe. Le mariage a été dissous par le divorce; le législateur ne désigne plus quel est celui des deux époux qui, de plein droit, aura la garde des enfants, en ce sens du moins qu'il ordonne au juge de désigner, implicitement ou explicitement, la personne qui veillera le mieux sur les intérêts des mineurs. Or cet intérêt varie avec les circonstances, le législateur ne peut donc d'avance désigner le gardien; à fortiori, ne peut-il pas indiquer la personne qui devra, dans tous les cas, remplacer ce gardien absent.

Que décider alors? C'est que, les circonstances dans lesquelles a été faite la désignation du gardien étant changées par cette disparition, l'intérêt des enfants étant modifié, il appartient au tribunal de réformer sa première décision selon le plus grand intérêt des mineurs (1).

Il faudrait appliquer cette solution quand les enfants ayant été confiés à une tierce personne, celle-ci est en état de présomption ou de déclaration d'absence. Mais si le gardien est l'un des auteurs des mineurs, cette solution

(1) Voir n° 66.

ne serait applicable que dans l'hypothèse où cet auteur est seulement *présumé absent*, elle devrait être modifiée si le gardien est *déclaré absent* : c'est ce que nous allons constater.

§ 2. — L'UN DES ÉPOUX DIVORCÉS EST DÉCÉDÉ,
OU A ÉTÉ DÉCLARÉ ABSENT.

72. Ces deux hypothèses sont assimilables, car la déclaration d'absence donne lieu à l'exercice provisoire de ce qui se ferait définitivement si la mort de l'absent était certaine.

Lorsque l'un des époux divorcés est décédé ou a été déclaré absent, le jugement de divorce cesse de produire effet, du moins quant à la garde : l'autre époux devient le tuteur légal de ses enfants (art. 390) (1). Et nous avons déjà étudié la question de savoir quelle serait au point de vue tutélaire, la situation des enfants, si ce tuteur se remariait, ou si, remarié, il disparaissait.

73. Il semble étrange, à première vue, que : si celui des époux divorcés à qui la garde a été confiée *disparaît*, l'autre époux n'a pas, de plein droit, la garde de ses enfants ; si, au contraire, le premier *meurt*, ou est déclaré absent, le second devient tuteur légal. En appliquant les articles du Code Civil le résultat ne saurait

(1) Huc, t. 2, n° 234.

Paris, 26 juin 1892, D., 93. 2. 81. — Cass. 13 avril 1884, D., 85.1. 40. — Cas. 25 août 1885, D., 85. 1. 206, S., 84. 1. 424. — Poitiers, 21 juillet 1890, D., 91. 2. 93. — Ces 3 dernières décisions statuaient sur cette hypothèse, mais en cas de séparation de corps.

être autre. En effet, dans le premier cas, d'après l'art. 302, il appartient au tribunal de désigner le gardien ; et dans le second, d'après l'art. 390, la mort de l'un des époux donne lieu à l'ouverture de la tutelle. Mais alors celui qui aura été jugé incapable ou indigne d'être le gardien de ses enfants pourrait, de plein droit, devenir leur tuteur ? Il ne faut pas oublier que si le tuteur légal est incapable ou indigne, il pourra être destitué par le conseil de famille (2).

(2) Remarquons, en terminant, que nous avons examiné l'hypothèse de la disparition du gardien remarié, parce que à notre connaissance du moins, cela n'avait pas encore été fait, mais que le second mariage du gardien n'influe pas sur cette question, puisque le nouvel époux est un *étranger* pour les enfants du premier lit.

SECONDE PARTIE.

DES INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES DES ENFANTS ISSUS D'UN PREMIER LIT EN CAS DE SECOND MARIAGE.

74. Le législateur a établi plusieurs mesures destinées à protéger les enfants d'un premier lit, quant à leurs *intérêts pécuniaires*.

Il a d'abord créé une **réserve** à leur profit en défendant à l'époux remarié de disposer en faveur de son nouveau conjoint au delà d'une certaine quotité, moins élevée que celle qui est généralement admise entre époux. Nous étudierons cette réserve de l'article 1098 dans un titre premier, puis passant à une autre disposition légale, dont les termes se rapprochent beaucoup de ceux de l'article 1098, nous examinerons quelle situation spéciale le législateur a faite aux enfants du premier lit d'une personne remariée, en établissant **un usufruit au profit du conjoint survivant** de cette personne (Titre second) ; continuant l'examen des dispositions légales établies en faveur des enfants dont il s'agit, nous verrons que la loi a, dans certains cas, établi à leur profit une **exception** spéciale à la **règle de l'inaliénabilité des biens dotaux** dotaux (Titre troisième).

TITRE PREMIER.

DE LA RÉSERVE ÉTABLIE EN FAVEUR DES ENFANTS DU PREMIER LIT.

75. L'article 1098 établit une *réserve*, (nous croyons du moins, que telle est le *caractère* de la disposition de l'article 1098 (ch. premier) en faveur des *enfants du premier lit* d'une personne remariée et à l'encontre du *nouveau conjoint* de cette personne (chap. second) : L'époux remarié ne peut donc favoriser son nouveau conjoint soit *directement* soit *indirectement* (ch. troisième) au delà d'une certaine *quotité* établie par l'article 1098 (ch. quatrième); mais si l'époux remarié a fait des libéralités au profit de son premier conjoint, pourrait-il encore disposer en faveur du second de toute la quotité disponible établie par l'article 1098? Nous verrons que ce résultat ne peut pas se produire, et que la loi *prohibe le cumul*, soit des articles 1094 et 1098, soit des articles 913 et 1098 (Ch. cinquième). Nous examinerons pour terminer quelle est la *sanction* de l'article 1098 (ch. sixième).

CHAPITRE PREMIER.

Caractère de la disposition de l'article 1098.

76. L'article 1098 établit une réserve au profit des enfants d'un premier lit, en cas de second mariage et à l'égard du nouvel époux de leur père ou de leur mère et non une règle d'incapacité personnelle. La disposition de l'art. 1098 est de plus, une règle d'ordre public.

§ 1^{er}. — LA DISPOSITION DE L'ARTICLE 1098 CONSTITUE
UNE RÈGLE D'INDISPONIBILITÉ RÉELLE.

77. L'article 1098 établit une réserve et constitue une *règle d'indisponibilité réelle, non d'incapacité personnelle* (1).

Le législateur, en effet, n'a pas fixé d'une manière invariable la quotité de biens dont une personne ne peut pas disposer à titre gratuit au préjudice de certains héritiers. Lorsque cette personne laisse des descendants à son décès, la partie des biens frappée d'indisponibilité à titre gratuit, varie suivant certaines circonstances prévues dans les art. 913, 1094, 1098 C. C.

(1) En ce sens : DEMOLOMBE. t. 23, n° 552. MARCADÉ. t. 4, sous 1098. GUILLouARD. t. 3, n° 1435. RODIÈRE et PONT. t. 3, n° 1632. BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. t. 2, n° 4087. *Répertoire rais. de la prat. des aff.* V° Comm. légale, n° 18770.

L'art. 913 établit le maximum de ce dont le disposant a pu gratifier toute autre personne que son conjoint. Les art. 1094 et 1098 établissent la quotité disponible entre époux : elle varie suivant que le disposant laisse ou ne laisse pas d'enfant d'un précédent mariage...

Mais dans tous les cas, il s'agit d'un droit de même nature : de la réserve des enfants et descendants, et l'on ne peut pas affirmer que dans les art. 913 et 1094 il s'agit de réserve établie au profit des enfants et que dans l'art. 1098, au contraire, le Code a établi une règle d'incapacité personnelle de disposer.

Peu importe que le législateur n'ait pas rédigé l'art. 1098 de la même façon que l'art. 913, que le premier de ces articles soit conçu *in personam*, c'est-à-dire de la même façon que lorsque le législateur édicte une règle d'incapacité personnelle (Voir par ex. l'art. 907), tandis que les deux autres sont conçus *in rem* :

D'abord l'art. 1094 est rédigé d'une façon presque semblable à l'art. 1098 ; or personne ne soutient que dans l'art. 1094 il s'agit d'une incapacité personnelle de disposer dont serait frappé tout époux à l'égard de son conjoint.

Il ne faut pas, en effet, en recherchant si la loi a établi une indisponibilité ou une incapacité, s'attacher à l'expression, c'est-à-dire à la façon dont la phrase est tournée, mais rechercher quels ont été le but et la volonté du législateur.

Or, si le Code n'a pas voulu encourager les seconds mariages, comme il le fait pour les premiers, on ne peut cependant trouver une seule de ses dispositions de laquelle on puisse déduire qu'il voit les secondes noces d'une manière défavorable. En présence d'un second mariage, le

législateur ne songe pas à punir les nouveaux époux : il entend protéger les enfants issus d'un premier lit de ces époux ; il ne frappe pas la personne qui se remarie d'incapacité personnelle de disposer de ses biens à titre gratuit, il réduit seulement la quotité de biens dont elle peut disposer au profit de son nouveau conjoint, il augmente la réserve des enfants du premier lit à l'égard de leur père ou de leur mère. Ce qui montre bien que le législateur n'a voulu qu'une chose : protéger les enfants du premier lit, et non sévir contre les nouveaux époux, c'est que si ces enfants disparaissent, l'époux remarié peut donner à son nouveau conjoint autant qu'à son premier époux et que si tous les héritiers à réserve disparaissent, il peut disposer de tous ses biens en faveur de ce second conjoint.

Donc, dans l'art. 1098 (comme dans les art. 913, 1094) il faut appliquer les règles qui gouvernent la réserve et non pas celles qui régissent les incapacités personnelles de disposer.

Cette réserve est *la succession ab intestat* moins la quotité disponible ; c'est la partie de la succession dont les enfants du premier lit ne peuvent pas être privés par des dispositions à titre gratuit faites par leur auteur remarié à son nouveau conjoint.

78. La réserve étant une partie de la succession, il résulte de là que :

I. — 79. *Le droit à la réserve* ne s'ouvre au profit des enfants du premier lit qu'avec leur droit à la succession, c'est-à-dire seulement au *décès* du disposant.

Par conséquent :

1°. — 80. C'est à ce moment que devra être apprécié le

sort de la libéralité faite au nouveau conjoint; car c'est alors seulement que s'ouvre l'action en réduction, sanction de la réserve (1).

2°. — 81. Avant cette époque, les enfants du premier lit n'ont aucune action pour attaquer les donations excessives que leur auteur aurait faites à son nouvel époux. Ils ne pourraient même pas prendre de mesures conservatoires.

Pour rejeter cette dernière solution on dit que la faculté de faire des actes conservatoires est inhérente à tout droit éventuel (art. 1180). Or, dans cet article 1180, le Code se préoccupe d'un droit conditionnel; mais le droit conditionnel est un droit imparfait, il est vrai, mais existant cependant actuellement dans le patrimoine du créancier qui peut le céder à titre onéreux. La situation d'un enfant successible est tout autre: il n'a pas de droit comparable à celui-là; peut-on aller jusqu'à dire qu'il a un droit même éventuel à sauvegarder? Son droit ne s'ouvre qu'au décès de son auteur, jusque là « *nulla est viventis hereditas* ».

82. Ces principes sont vrais dans toutes les hypothèses, quelle que soit la situation fâcheuse amenée par les abus de l'époux remarié, aussi nous refuserions dans tous les cas à l'enfant la faculté de faire des actes conservatoires (2).

(1) Si l'art. 1098 édictait une incapacité personnelle de disposer contre l'époux remarié, il faudrait se placer au jour où la libéralité a été faite, pour en apprécier la validité, et la libéralité en ce qu'elle dépasserait la mesure de disposer fixée serait nulle et non seulement réductible.

(2) En ce sens AUBRY et RAU, t. VII, § 690, page 283, texte et note 39.

En sens contraire LAURENT, t. 15, n° 416. COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 67 bis, IX.

DEMOLOMBE (t. 19, nos 199-200), admet que dans des cas exception-

Ainsi, lorsque, le divorce prononcé entre deux époux, on procède à la liquidation de leur communauté, les enfants d'un premier lit ne sont pas recevables à intervenir à ce moment, (1) pas plus qu'ils ne le pourront dans l'instance engagée du vivant de leur mère remariée, sur le point de savoir sous quel régime elle se trouve mariée, en prétendant que la soumission à la communauté légale emporte, à leur préjudice et en faveur du mari un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098 (2).

Ils ne pourront pas davantage intervenir, lors de la séparation de corps ou de biens, dans l'instance relative à la liquidation des droits respectifs des époux pour veiller à la conservation de leur réserve future (3).

En un mot, l'enfant du premier lit ne peut pas intervenir dans une instance où son auteur figure comme partie principale, et où il s'agit des avantages faits par cet auteur à son second époux, sous le prétexte que cette intervention a pour but de sauvegarder sa réserve au moyen d'actes conservatoires.

83. Sur cette question de l'intervention, un auteur (4)

nels où une fraude commise au préjudice de la réserve future mettrait dès à présent cette réserve en péril, il appartiendrait aux magistrats d'ordonner suivant les cas telles mesures conservatoires que la situation paraîtrait exiger.

(1) Rouen, 20 février 1897. *Répert. génér. du Not.* 1897 n° 9729.

(2) Limoges, 27 mai 1867, S., 67. 2. 337. D., 67. 2. 77. — Seine, 4 août 1894. *Pand. Franç.*, 96. 2. 81.

(3) Riom, 9 août 1843. S., 44. 2. 15.
Sens contraire : Grenoble, 2 juin 1831, S., 32. 2. 346. — Cas. 2 mai 1855, S., 56. 1. 178.

(4) H. BOULLY. *Pand. Franç.* 96. 2, 82. (Note sous l'arrêt du Trib. de la Seine précité).

dit qu'il y a deux idées bien distinctes : la première est de savoir, si, en droit, elle est recevable, la seconde si, en fait, elle est fondée : de sorte qu'une intervention admise par le juge pourrait être déclarée mal fondée, elle pourrait, tout à la fois, être déclarée recevable mais non fondée : le juge a, sur la question de fait, un pouvoir souverain, mais en principe l'intervention de l'enfant du premier lit est recevable en vertu des articles 466 et 1180 du Code Pro. Civ.

Nous croyons qu'en droit, l'intervention de l'enfant n'est pas recevable (1).

En effet, l'art. 466 du Code Pro. Civ. dit : « Aucune intervention ne sera reçue si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition » Or, quels sont ceux qui ont le droit de former tierce opposition : « ceux aux *droits* desquels le jugement préjudicie ». L'enfant peut-il prétendre que le jugement qui va intervenir entre son auteur et le nouvel époux, préjudicie à ses *droits* ? Et si quelques auteurs admettent qu'un préjudice éventuel suffit pour donner ouverture à la tierce opposition, tous exigent que le tiers opposant ait un *intérêt certain et déterminé* (2), d'autres exigent même qu'un *droit* quelconque soit compromis directement (3). Or, rien n'est rien moins certain ni moins déterminé que

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 563. AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 283, note 39.

(2) RODIÈRE. *Cours de compétence et de procédure en matière civile*. 4^e Edition, tome 2, page 153. — DUTRUC. *Supplément aux lois de la procédure civile* de CARRÉ et CHAUVEAU, n° 36. — DALLOZ-Supplém. Rep. Tierce opposition, n° 33 et les auteurs cités.

(3) CARRÉ et CHAUVEAU. *Lois de la procédure civile*, 4^e Edit., 4^e vol., n° 1709 bis.

l'intérêt de l'enfant du premier lit : cet intérêt ne sera certainement déterminé qu'au décès de son auteur.

Donc, cet enfant ne peut, avant cette époque, prendre par la voie de l'intervention, des mesures conservatoires dans l'intérêt de sa réserve future.

3°. — 84. Avant cette même époque, il ne peut pas renoncer aux droits qu'il pourrait avoir, lors du décès de son auteur remarié, d'attaquer des libéralités excessives : en agissant ainsi, il ferait un pacte sur succession future, pacte absolument interdit par la loi (art. 791, 1130, 1600 (1)).

II. — 85. Une autre conséquence de ce que la réserve des enfants du premier lit est une partie de la succession, c'est que ceux pour lesquels ne s'ouvre pas le droit à la succession, n'ont pas davantage droit à la réserve, et ne peuvent intenter l'action en réduction, sanction de la réserve.

Mais ne pourrait-on pas dire : le donateur remarié a mis hors de ses biens tout ce qui est compris dans la donation, les biens retranchés ne sont pas considérés comme étant de la succession du donateur, qui s'en est dépourvu par la donation, par conséquent, « il n'est pas nécessaire que les enfants acceptent la succession pour exercer cette action révocatoire, et avoir part à ses biens retranchés, la loi qui leur donne cette action ne considère que leur qualité d'enfants, et n'exige pas qu'ils en soient héritiers » (2).

(1) DEMOLOMBE, t. 23 n° 363.

(2) POTHIER. — *Donat. entre vifs*, Sect. 3, art. 7. § IV. Édition BUGNET, t. 8, page 439, n° 275.

D'abord ce motif est sans application aux biens légués par testament. D'autre part que deviennent les biens donnés entre vifs soumis à l'action en retranchement des enfants ? Quel est l'effet de l'action en réduction ? C'est de faire rentrer ces biens dans la succession à laquelle les personnes dont il s'agit ne peuvent prétendre !

Et s'il était vrai que les enfants du premier lit peuvent, en tant qu'enfants, demander la réduction des biens donnés par leur auteur remarié à son nouvel époux, parce que ces biens ne font pas partie de la succession de cet auteur, mais : « Est-ce que cet argument ne pourrait pas être présenté dans tous les cas et à quelque personne que la donation entre vifs ait été faite ? Donc, il résulterait que pour intenter l'action en réduction, il ne serait jamais nécessaire d'être héritier : c'est le contraire qu'il faut dire et qu'il est toujours nécessaire d'être héritier pour l'intenter » (1).

Donc, tous ceux qui ne viennent pas à la succession ne peuvent intenter l'action en réduction, à l'exercice et au bénéfice de laquelle ils doivent rester complètement étrangers. On ne doit pas s'en occuper pour déterminer si l'action peut être intentée, c'est-à-dire pour calculer si la quotité disponible a été dépassée. Il faut se préoccuper du nombre et de la qualité des enfants ou descendants du premier lit venant à la succession.

Par conséquent, si aucun enfant ou descendant du premier lit ne vient à la succession, l'action en réduction ne pourra être exercée par personne. En effet, l'action

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 564. En ce sens, LAURENT, t. 15, n° 398, AUBRY et RAU, t. 7, § 690, p. 283. COLMET DE SANTERRE, t. 4, n° 278 bis. 1

en réduction a pour but de faire respecter la réserve : celle de l'art. 1098 dans cette hypothèse : il n'y a pas de réserve sans héritier réservataire ; or, seuls les enfants ou descendants du premier lit sont réservataires dans le sens de l'art. 1098 (1).

86. On sait que des auteurs et la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de calculer la quotité disponible édictée par l'art. 913, soutiennent qu'il faut compter les enfants renonçants, parce que cet article détermine une quotité disponible d'après le nombre des enfants que le défunt *laisse*, sans distinguer s'ils acceptent ou répudient.

Or, l'art. 1098 emploie une expression équivalente à celle de l'art. 913, il dit : « L'homme ou la femme *ayant* des enfants... » Pourrait-on soutenir que pour calculer le disponible édicté par l'art. 1098, il faut tenir compte des renonçants ?

D'abord, la théorie que nous venons d'énoncer ne va pas jusqu'à soutenir que dans le cas où aucun des héritiers réservataires n'accepte la succession, il faut cependant en tenir compte : si aucun des enfants du premier lit ne vient à la succession l'art. 1098 ne s'appliquera donc pas, parce qu'il n'y aura pas d'héritier réservataire.

Puis, il faut remarquer que, dans sa première partie du moins, l'art. 1098 n'établit pas la quotité disponible de la même façon que l'art. 913 ; le disponible est ici égal à la part d'enfant le moins prenant ; et pour calculer cette il est inadmissible que l'on doive tenir compte

(1) AUBRY et RAU, t. 7, § 690, p. 284, texte et note 41. DEMOLOMBE, t. 23, n° 661. COLMET DE SANTERRE, t. 4, n° 178 *bis*. X. MARCADÉ, t. 4, sous art. 1098. LAURENT, t. 15, n° 399.

d'enfants qui ne sont pas appelés au partage. Et, si pour la première partie de l'art. 1098, l'expression « l'homme ou la femme ayant des enfants... » signifie : « l'homme ou la femme ayant des enfants d'un autre lit venant à la succession », il faut admettre nécessairement que cette expression, qui s'applique à tout l'article sans que le législateur ait fait de distinction, a aussi le même sens dans la seconde partie de l'article 1098.

Dans tous les cas, il ne faut donc pas tenir compte pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 1098, des enfants du premier lit qui ne viennent pas à la succession (1).

§ 2. — LA DISPOSITION DE L'ARTICLE 1098
EST UNE RÈGLE D'ORDRE PUBLIC.

87. C'est en effet en vue de l'ordre public que le législateur a établi l'art. 1098 ; il a voulu que lorsqu'il y a des enfants d'un précédent lit, aucune portion de l'hérédité ne pût être attribuée au nouveau conjoint en dehors de la quotité déterminée par la loi : comme nous l'avons déjà dit, (voir Introduction), l'ordre public est intéressé à ce que le nouvel époux d'une personne remariée ne dépouille pas ses enfants issus d'une précédente union au delà d'une certaine quotité fixée, très justement, à la part que celui des enfants qui prend le moins, a le droit de recueillir dans la succession de son auteur.

(1) BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n° 4087.

Dans aucun cas l'époux, remarié ne peut donc disposer d'une quotité plus élevée au profit de son conjoint du second lit, même s'il reste dans les limites de son disponible fixé par l'art. 913.

Or, la volonté formelle du législateur ne peut être violée, et elle le serait, si l'époux remarié, ayant donné à son conjoint une part supérieure à celle qui est accordée par l'art. 1098, ajoutait une clause pénale, d'après laquelle, par exemple, si ses héritiers venaient à discuter ses dispositions, le surplus de la quotité disponible appartiendrait à une tierce personne. Car si cet héritier n'avait pas qualité pour demander la réduction de cette libéralité, sous le prétexte que sa réserve fixée par l'art. 913 est intacte, ce droit n'appartiendrait à personne, et il en résulterait que l'époux remarié pourrait donner à son nouveau conjoint une portion de biens dépassant les limites fixées par l'art. 1098, toutes les fois que sa réserve de l'art. 913 ne serait pas entamée. Mais cela n'est pas possible, la réserve fixée par l'art. 1098 doit être respectée, elle a été édictée en vue de l'ordre public, et les particuliers ne peuvent pas déroger aux règles d'ordre public; la clause pénale ajoutée par l'époux remarié serait donc nulle (1).

(1) En ce sens, Orléans, 2 juillet 1891, Jour. Not., 1891, p. 616.

CHAPITRE DEUXIÈME

Personnes auxquelles s'applique l'art. 1098.

88. L'art. 1098 s'applique :

A l'homme ou à la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage; cet homme ou cette femme ne peut donner à son nouvel époux au delà d'une certaine quotité.

89. *L'homme ou la femme*, dit l'article ; il vise, par conséquent, non seulement le veuf ou la veuve, mais aussi l'homme divorcé ou la femme divorcée qui se remarie ayant des enfants. Il n'y a aucune raison de distinguer suivant que le premier mariage a été dissous par la mort ou par le divorce. Dans ce dernier cas, les motifs d'appliquer les dispositions particulières de l'art. 1098 sont même beaucoup plus puissants que dans le premier cas; souvent, en effet, l'époux divorcé qui se remarie n'a que de la haine pour ces enfants issus d'un mariage abhorré; il cherche à les frustrer par tous les moyens. De plus, il peut arriver que les deux auteurs des enfants du premier lit se remarient; que deviendra la situation pécuniaire de ces enfants, si l'art. 1098 ne s'applique pas.

90. L'homme ou la femme ne pourra donner à son *nouvel époux* qu'une : la prohibition ne s'applique qu'à l'époux remarié et seulement à l'égard de son nouveau conjoint; par conséquent, le nouveau conjoint peut disposer à l'égard de l'époux remarié dans les limites

fixées par l'art. 1094, pourvu qu'il n'ait pas lui-même d'enfants d'un premier lit et l'époux remarié peut à l'égard de toute autre personne que son nouveau conjoint disposer dans les limites du droit commun.

A son *nouvel époux* ; ce terme est générique : il comprend non seulement l'époux que se donne par un second mariage la personne ayant des enfants d'un premier lit, mais encore les nouveaux époux avec lesquels elle contracte un troisième ou subséquent mariage : Autrement dit, la personne ayant des enfants ne peut donner à tous ses nouveaux époux réunis qu'une part d'enfant (voir n^{os} 155 et suiv).

A son *nouvel époux* ; l'art. vise la personne qui est unie par les liens du mariage avec celui qui a des enfants d'un précédent lit et non pas le concubin ou la concubine ; donc, les libéralités faites au profit de sa concubine par un homme ayant des enfants d'un précédent mariage ne tombent pas sous l'application de l'art 1098 (1).

91. Cet art. 1098 dit : L'homme ou la femme *ayant des enfants d'un autre lit*....

92. Cette expression : *Enfants d'un autre lit*, est sujette à plusieurs remarques.

Enfants est un terme générique qui comprend les petits-enfants et tous les descendants d'un autre mariage (2). Ici aussi sont compris « sous le nom d'enfants les descendants en quelque degré que ce soit. Néanmoins,

(1) BAUDRY et COLIN, *Donation entre vifs*, t. 2, n^o 4032.

Alger, 10 mars 1879, D., 80. 2. 224 . S., 80, 2. 9.

(2) DEMOLOMBE, t. 6, n^o 557. AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 272 ; MARCADÉ, t. 4, sous art. 1098. LAURENT, t. 15, n^o 384.

ils ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant » (art. 913). Le législateur a cru inutile pour notre hypothèse de s'expliquer encore une fois explicitement sur un point qui ne pouvait souffrir de difficulté.

Enfants : Ici, comme dans d'autres articles (960, 1094) le Code a employé le pluriel dans une disposition qui s'applique évidemment à *un* ou plusieurs enfants. Les Romains ne disaient-ils pas : « Non est sine liberis cui vel unus filius, unave filia est ». Pour amener la conviction complète sur ce point, il suffit de citer l'observation de Berlier, quand il demanda que la quotité disponible n'excédât pas le quart des biens. « En accordant au nouvel époux la faculté de recevoir une part d'enfant, même en propriété, ce qui est raisonnable, il peut être convenable de modifier cette règle, car s'il n'y avait qu'*un* enfant ou deux du premier mariage et point du second, le nouvel époux pourrait en partageant avec eux avoir la moitié ou le tiers de la succession » (1).

Enfants : Ce terme s'applique non seulement à l'enfant né, mais encore à celui qui n'est que conçu, pourvu qu'il naisse viable. En effet : « Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur » (2).

(1) Séance du 27 ventôse an XI, FENET, t. 12, page 417. LAURENT, t. 15, n° 385.

(2) LAURENT, t. 15, n° 385.

Pour l'application de cette remarque, il faut trouver une hypothèse où un enfant d'un précédent mariage n'est encore que conçu lors du convol de l'un de ses auteurs : elle s'applique donc à cette hypothèse : Le divorce est prononcé entre deux époux, le mari convole aussitôt en secondes noces. Sa première femme donne ensuite le jour à un enfant viable, qui, d'après les présomptions légales a été conçu pendant le premier mariage. Cet enfant est protégé par l'article 1098.

Enfants d'un autre lit : Par là le législateur n'entend parler que des enfants *légitimes* : ceci semble plus évident encore quand on remarque que l'article parle ensuite d'une part d'enfant légitime. Aux enfants légitimes il faut assimiler ceux qui auraient été *légitimés* par le premier mariage. L'art. 333 dit, en effet que « les enfants légitimés par le mariage subséquent, auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage ». Ils sont réputés nés de ce mariage. Il n'en est pas de même des enfants *adoptifs ou naturels* : ils ne peuvent invoquer l'art. 1098 parce que ni les uns ni les autres ne sont issus d'un précédent mariage de l'époux remarié. — Pour les enfants naturels cela est presque évident : le texte et les motifs de la loi ne leur sont absolument pas applicables : ils sont nés hors mariage ; il en est de même des enfants naturels laissés par un enfant légitime né d'une précédente union : l'art. 756 n'accorde pas de droits à ces enfants sur les biens des parents de leurs père et mère. — Les enfants adoptifs ne sont pas non plus protégés par l'art. 1098 (1). La loi, il est vrai, leur accorde sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'aux enfants légitimes (art. 350), mais elle ne va pas jusque les réputer nés d'un mariage de l'adoptant. Il faut aussi remarquer que le législateur a craint que l'adoption ne détournât du mariage, aussi il l'a subordonnée à de nombreuses formalités (art. 353 à 360), il n'a donc pas voulu que l'adoption fût un obstacle au mariage de l'adoptant : il en

(1) EN ce sens : AUBRY et RAU, t. 6, § 560, note 21. HUC, t. 6, n° 185. LAURENT, t. 15, n° 386. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n° 4079. Gap, 22 mars 1876, J. N. n° 21542.

En sens contraire : DEMOLOMBE, t. 6, n° 163.

serait ainsi, si la présence de l'adopté restreignait l'étendue des libéralités que l'adoptant pourrait faire à son conjoint.

Enfants d'un autre lit. Cette expression est générale et comprend non seulement les enfants nés d'un premier, mais aussi d'un second ou d'un troisième lit. La loi ne distingue pas et n'avait aucun motif pour ne pas protéger les enfants d'un deuxième lit contre un troisième mariage ou d'un troisième lit contre un quatrième mariage, comme elle protège les enfants d'un premier lit contre une seconde union. L'article vise, en effet, l'époux qui contracte un second ou subséquent mariage.

Enfants d'un autre lit. Par là, il faut entendre, généralement, des enfants nés d'une précédente union ; généralement, en effet, un premier mariage suivi d'un second ne forment pas le même lit, au sens strict du mot, parce que ces unions sont composées de personnes différentes. Mais, supposons que deux mariages successifs soient contractés entre deux mêmes personnes ; alors on ne pourra plus dire que les enfants nés du premier mariage sont, quant au second, nés d'un autre lit. (Cette situation, se présente quand deux époux divorcés contractent ensemble une nouvelle union). Nous en concluons que les enfants du premier mariage ne peuvent pas invoquer l'art. 1098. De plus, la défiance montrée par le législateur à l'égard du nouveau conjoint, défiance qui a fait édicter l'art. 1098, n'a pas de raison d'être dans cette dernière hypothèse.

Enfants d'un autre lit, pour que l'article s'applique, il est donc indispensable qu'il existe des enfants d'un précédent mariage. Sans cette condition, les droits du

père sur la quotité disponible ne sont nullement limités par l'art. 1098. Ainsi, par exemple, supposons qu'un père ait, par le contrat de mariage de son fils, assuré à sa future belle-fille, pour le cas de précédés de son mari sans enfants, les droits que son fils aurait eus à recueillir dans sa succession, la veuve du fils prédécédé sans enfant ne peut invoquer l'art. 1098 contre le nouvel époux de son beau-père, le donateur remarié (1).

Enfants d'un autre lit : L'application de l'art. 1098 semble soumise à cette seule condition que l'homme ou la femme aura des enfants d'un autre lit au moment du second ou subséquent mariage. On sait que cet article établissant une réserve et une quotité disponible, il faut se placer, pour appliquer ses règles, au moment du décès du disposant et non pas à l'époque du second mariage de ce dernier.

CHAPITRE TROISIÈME.

Dispositions auxquelles s'applique l'art. 1098.

23. Ce sont toutes les dispositions directes ou indirectes par lesquelles l'époux remarié a favorisé son nouveau conjoint; l'art. 1098 veut restreindre dans certaines limites tout ce qui est susceptible de procurer un avantage au nouvel époux. Mais dans ces limites, toutes les dispositions sujettes à l'art. 1098 sont évidemment valables, elles sont réductibles si elles les dépassent.

(1) Caen, 10 mars 1864, Juris. des cours de Caen et de Rouen, 1864, p. 215, cité par DEMOLOMBE, t. 23, n° 604.

§ 1. — TOUTES LES DISPOSITIONS DIRECTES CONTENANT UN AVANTAGE AU PROFIT DU NOUVEL ÉPOUX SONT SOUMISES A L'ART. 1098.

94. Quelle que soit la forme de ces dispositions, elles ne sont autorisées que dans les limites fixées par l'art. 1098.

Ainsi sont soumises à cette règle :

Les libéralités entre vifs ou testamentaires ;

Les donations rémunératoires : mais ces donations ne constituent pas un avantage pour la totalité ; il en est toutefois ainsi, si les services que la donation a pour but de récompenser sont inappréciables à prix d'argent, mais si les services sont pécuniairement appréciables, la donation rémunératoire ne constitue un avantage qu'en ce qu'elle dépasse la valeur des services rendus (1) ;

Les donations avec charges : ici encore il faut apprécier la valeur de la charge ; la donation ne constitue un avantage que pour ce qui reste de la libéralité, déduction faite du montant de la charge (2) ;

Les donations mutuelles (3), les donations de biens présents, de biens à venir, de biens présents et à venir ;

Les donations faites avant le mariage, si du moins la donation n'a été faite qu'en vue du futur mariage : on présume alors que le donateur a considéré le donataire comme son époux (3) ; d'ailleurs, si cela n'était point

(1) LAURENT, t., 12, n° 397.

(2) LAURENT, t., 12, n° 396.

(3) DEMOLOMBE, t. 23, n° 574. AUBRY et RAU, t. 7, § 690, p. 273. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n° 4081.

admis, il y aurait une voie toute ouverte pour éluder l'art. 1098. Quant au point de savoir dans quels cas la donation a été faite en vue du mariage contracté ultérieurement, c'est une question de fait à résoudre par les tribunaux, d'après les circonstances. La bonne foi étant toujours présumée, c'est aux enfants du premier lit à prouver la fraude par tous les moyens possibles ;

Les donations faites pendant le mariage ;

Les donations directes faites par le contrat de mariage, peu importe comme il a été dit plus haut qu'elles soient simples ou réciproques, qu'elles soient faites ou non sous la condition de survie du donataire ; ainsi tombe sous l'application de l'art. 1098 la donation contenue dans cette clause : « Si le sieur X., futur époux, survit à la future épouse, il aura à titre de gain de survie la somme de 10,000 fr. Réciproquement un pareil avantage est stipulé en faveur de l'épouse en cas de survie. » Ce gain de survie est une véritable libéralité soumise, comme tout avantage, à l'art. 1098 ;

Les dons manuels, qui sont des donations de sommes d'argent ou de tout autre objet mobilier corporel, parfaits par le seul consentement des parties suivi de tradition réelle.

§ 2. — TOUTES LES DISPOSITIONS INDIRECTES CONSTITUANT UN AVANTAGE AU PROFIT DU NOUVEL ÉPOUX SONT SOUMISES A L'ART. 1098.

Examinons d'abord ce qu'on entend exactement par donation indirecte, cette définition établie, nous pourrons ensuite énoncer quelles sont les donations indirectes

qui tombent sous l'application de l'art. 1098 et donner des exemples de ces libéralités.

N° 1. — DÉFINITION.

95. La donation *indirecte* est dans un sens large, celle qui est faite « per viam obliquam et indirectam ».

Ce genre de donation se divise en plusieurs espèces :

La donation *indirecte stricto sensu*, la donation *déguisée* et la donation *faite à personne interposée*.

La première résulte d'un acte, qui est bien ce qu'il paraît être et qui est fait ostensiblement, sans fraude, ni déguisement, ni interposition de personnes. Par exemple : la renonciation faite par l'époux remarié à un legs auquel il est appelé conjointement avec son nouveau conjoint.

La libéralité déguisée se cache sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, elle est faite par un acte simulé.

Ce qui la distingue surtout des donations indirectes *stricto sensu*, c'est que ces dernières résultent d'un acte dont l'apparence est conforme à la réalité, tandis que l'acte d'où résulte la donation déguisée est, à première vue, un contrat à titre onéreux, tandis qu'en réalité, il est une donation.

Ainsi, par exemple : Jacques, remarié, ayant des enfants d'un autre lit, vend pour 50.000 fr., à sa seconde femme, (dans un des cas prévus par l'art. 1595) un immeuble qui vaut 100.000 fr. : nous avons ici réellement une vente, quoique il en résulte un avantage, une donation indirecte à la femme. Mais si Jacques vend à sa femme

le même immeuble pour 100.000 fr., et qu'il donne quittance du prix, quand il n'a rien reçu, alors nous trouvons un acte qui ne correspond pas à la réalité : en réalité le vendeur n'a rien touché, il ne peut donc pas donner quittance : voilà une donation déguisée.

Est encore donation déguisée, l'acte par lequel le mari reconnaît, dans son contrat de mariage, avoir reçu un apport de sa femme, alors que réellement elle ne lui a rien apporté, ou bien l'acte par lequel il reconnaît avoir reçu un apport supérieur à celui qu'elle a effectué, ou encore le billet souscrit par le mari à sa femme quand il n'a pas pour cause la reconnaissance d'une dette.

La donation *faite par personne interposée* est adressée à un intermédiaire, donataire apparent, chargé par un pacte secret de restituer au nouveau conjoint que le disposant veut réellement gratifier.

96. Cette division des donations indirectes en donations indirectes stricto sensu, en donations déguisées et faites par personne interposée est-elle adoptée par le législateur ? Cela est presque évident : Veut-il parler des donations indirectes en général, il dira : Tout héritier doit rapporter à ses cohéritiers « tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre vifs, directement ou *indirectement* » (sans distinction), (art. 843). Veut-il n'étendre une disposition qu'à certaines des donations indirectes, il dira : « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la *déguise* sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de *personnes interposées* » (art 911). Veut-il établir une antithèse entre les donations indirectes stricto sensu et les donations déguisées ou à personnes interposées :

« Les époux ne pourront se donner *indirectement* au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation ou *déguisée* ou faite à *personne interposée* sera nulle » (art. 1099).

N° 2. — DONATIONS INDIRECTES SOUMISES A L'ART. 1098.

97. Parmi les libéralités, dont nous venons d'examiner la forme, *seules les donations indirectes stricto sensu* sont soumises à l'art. 1098, seules elles peuvent être faites dans les limites de cet article et ne sont que réductibles si elles les dépassent.

Les donations déguisées ou par personnes interposées faites entre époux, ne peuvent, au contraire, être soumises à un article qui les déclarerait valables dans certains cas, ces donations sont, en effet, *toujours nulles, entre époux*.

En d'autres termes : l'art. 1098 décide que certaines donations sont valables en elles-mêmes, mais que si elles dépassent une certaine quotité, elles sont réductibles à cette quotité : il n'est donc pas applicable aux libéralités qui sont entièrement nulles.

98. La validité des donations indirectes stricto sensu(1), la nullité des donations déguisées et de celles faites par personnes interposées, résultent clairement de l'art. 1099.

Cet article ne paraît même pas susceptible de controverse, il dit :

« Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de

(1) Et dorénavant nous n'employerons plus ce terme que dans ce sens spécial.

ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation ou déguisée ou faite à personne interposée est nulle ».

Quoi de plus simple et de plus clair ? La doctrine établit une distinction entre les donations indirectes stricto sensu et les donations déguisées et faites par personnes interposées ; la loi, adoptant cette distinction dit avec évidence : les donations indirectes ne peuvent excéder la quotité disponible, donc elles sont valables jusqu'à concurrence de cette quotité, puis « toute donation ou déguisée ou faite à personne interposée sera nulle », nulle pour le tout, et non pas seulement réductible.

On a cependant cherché à dénaturer le sens si formel de l'alinéa second de l'art. 1099, et on a dit : les libéralités déguisées sont des libéralités indirectes (au sens large, voir n° 95), qui, d'après l'alinéa premier de l'art. 1099 sont seulement réductibles ; donc, les libéralités déguisées sont aussi valables pour le tout si elles n'excèdent pas la quotité disponible et réductibles seulement si elles l'excèdent ; quand le législateur dit que « toute donation... sera nulle », il sous-entend : en ce qui excède la quotité disponible (1).

Cette interprétation est absolument inadmissible. Comment ! Après avoir dit très correctement dans le premier alinéa de l'art. 1099 : « Les donations indirectes sont réductibles », le législateur dirait encore dans le second alinéa du même article : « les donations indirectes

(1) VALETTE, cité par MOURLON, *Répétitions écrites*, t. 2, p. 454, 3^e édition.

Grenoble, 21 mars 1870, D., 70. 2. 490. S., 70. 2. 240.

sont réductibles » ; et il édicterait cette règle dans une phrase qui, clairement, annule ces libéralités ! Peut-on supposer que le législateur en se servant du mot « nulle » ait voulu dire « réductible ». La loi, quand elle veut qu'une donation soit réductible ou sujette à retranchement, emploie toujours les mots « retranchement », « réduction » (art. 920 à 930, 1496, 1527) et on ne peut, sans parti pris, sans idée préconçue, prétendre changer le sens de ses expressions, précisément dans notre article.

Ne pourrait-on pas objecter à notre théorie, qu'en général les donations déguisées sont valables, et seulement réductibles, quand elles excèdent la quotité disponible des art. 913 et 915 ? Cela est vrai, mais pourquoi admet-on que dans ce cas les donations déguisées sont valables et seulement réductibles : parce qu'il n'y a pas de texte qui vienne les déclarer nulles ; or, de ce que, en général, le législateur n'annule pas ce genre de libéralités, on ne peut conclure qu'il n'a pas édicté cette nullité dans certains cas particuliers, et justement nous sommes en présence d'une exception à la règle générale ; nous trouverions une autre exception à cette règle dans l'art. 911 qui prononce la nullité des donations faites à un incapable sous le déguisement d'un contrat à titre onéreux ou par personnes interposées. Or, dans cet art. 911 comme dans l'art. 1099, la loi déclare une donation nulle, elle l'annule en entier et ne la réduit pas seulement à une certaine quotité. La disposition de l'art. 1099, est, en effet, générale et absolue, la loi ne fait aucune distinction entre le cas où la libéralité dont il s'agit excède la quotité disponible et celui où elle ne l'excède

pas, elle ne déclare pas nulle la libéralité dans le premier cas, réductible dans le second (1).

Cette dernière distinction, bien loin d'être faite par l'art 1099 n'aurait pu logiquement et moralement être contenue dans cet article, car l'annulation d'une libéralité ne peut, à cause de sa gravité, dépendre d'un fait que le donateur n'a pu ni prévoir ni empêcher. Or, c'est ce qui arriverait si l'on devait appliquer cette distinction. En effet, entre le moment où la disposition a été faite et celui où est calculé le montant de la quotité disponible il peut arriver des circonstances qui fassent subir à la fortune du disposant des variations considérables et qui modifient complètement sa réserve.

On a encore objecté à notre théorie : ce que le législateur veut réprimer, c'est la fraude du disposant : il faut donc examiner si le disposant a eu l'intention de frauder, si la libéralité a été faite pour violer la loi sur la quotité disponible. Dans l'affirmative (qui, en général serait présumée si, de fait, la quotité était excédée) la donation serait nulle pour le tout, dans la négative elle serait seulement réductible (2). (Cette théorie diffère de celle qui a été exposée précédemment en ce que la libéralité serait nulle même dans le cas où elle ne dépasse pas la quotité disponible, si elle avait été faite pour outrepasser la limite de cette quotité).

D'abord, ce n'est pas l'intention frauduleuse du disposant que la loi veut réprimer, mais le fait même d'avoir

(1) TROPLONG, t. 4, n° 2744, page 923.

En ce sens : Bordeaux, 16 février 1874, S., 74. 2. 203. Pand. franç., t. V. 2. 114.

(2) AUBRY et RAU, t. 7, § 689.

fait une libéralité déguisée à son époux. Puis il est presque impossible de prouver cette intention frauduleuse, or, en fait, comme ce serait aux enfants du premier lit à prouver la fraude, les donations déguisées seraient maintenues parce que ces enfants ne sauraient pas faire la preuve de la fraude du disposant (1).

En tous cas, la loi ne distingue pas, et le texte absolu de l'art. 1099, s'applique à toutes les combinaisons déguisées.

On comprend parfaitement que le législateur se soit montré si sévère pour ce genre de donation, car si la réductibilité suffit pour les donations indirectes qui se font ouvertement, qui peuvent être facilement découvertes, il n'en est pas de même des donations déguisées ou faites par personnes interposées. Ce moyen détourné d'éluder la loi est facile à exécuter et très difficile à découvrir et en déclarant seulement réductibles les libéralités faites sous cette forme, le législateur aurait vraiment encouragé l'époux remarié à en user pour avantager illégalement son nouveau conjoint. Car le véritable caractère de la libéralité sera découvert ou non; dans le premier cas, cette libéralité sera seulement réductible, dans le second, le projet frauduleux

(1) D'ailleurs AUBRY et RAU, (t. 7, § 690, page 277, note 24) ne détruisent-ils pas eux mêmes cette théorie en disant :

« Il existe entre les avantages indirects et les donations déguisées une différence qu'il est impossible de méconnaître, c'est qu'un avantage indirect peut résulter d'un acte passé de bonne foi, tandis qu'une donation déguisée est *toujours* le fruit d'une combinaison à laquelle s'attache naturellement une présomption de fraude lorsque la libéralité est faite à une personne incapable de recevoir ou qui ne pouvait, à raison de sa qualité, être gratifiée que jusqu'à concurrence d'une certaine quotité de biens. »

sera réalisé. La loi devait déjouer ce calcul malhonnête, chercher à décourager ceux qui auraient l'intention de le faire et à notre point de vue particulier, protéger efficacement les enfants du premier lit, contre ces faits de dissimulation frauduleuse, garantir ceux qui convolent en secondes noces contre les dangers de la captation et de la suggestion : et elle l'a fait en déclarant radicalement nulles et non seulement réductibles, toutes les donations, faites entre époux, soit par contrat de mariage soit pendant le mariage, sous le déguisement d'un contrat à titre onéreux ou par personnes interposées (1).

Par conséquent, les dispositions de l'art. 1098 se restreignent spécialement aux dispositions directes dont il a été parlé au § 1, et aux *dispositions indirectes stricto sensu* dont nous allons donner quelques exemples.

(1) En ce sens, DEMOLOMBE, t. 23, n° 614. COLMET DE SANTERRE, t. 4, n° 279 bis 11. MARCADÉ, t. 4, sur 1099, n° 1. LAURENT, t. 15, n°s 404 et suivants.

Montpellier, 28 fév. 1876, D., 79. 2. 249. S., 76. 2. 241. — Rennes, 7 avril 1892, D., 92. 2. 245.

Cass. 17 fév. 1874, D., 74. 1. 344. — Cass. 25 juillet 1881, D., 82. 1. 177. S., 82. 1. 49. — Cass. 23 mai 1882, D., 83. 1. 407. S., 83. 1. 72. — Cass. 22 juillet 1884, D., 85. 1. 164. S., 85. 1. 112. — Caen, 31 déc. 1883 et Cas. Req., 14 avril 1886, D., 87. 1. 169, S., 86. 1. 289. Ce dernier arrêt ne se prononce pas d'une manière précise sur notre question : l'arrêt de la Cour d'appel avait décidé qu'un apport fictif constituait une libéralité déguisée absolument nulle. La Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi contre cet arrêt, en s'appuyant sur ce que la Cour d'appel avait relevé, qu'en fait, dans le même contrat de mariage, l'époux, gratifié sous la forme d'une reconnaissance d'apport, avait été déjà l'objet d'une donation de survie de toute la quotité disponible, la reconnaissance d'apport constituait donc une donation excessive.

N° 3. — EXEMPLES DE DONATIONS INDIRECTES STRICTO SENSU,
SOUMISES A L'ART. 1098.

I. — 99. L'époux remarié vend 100.000 fr. à sa nouvelle épouse un bien qui vaut 500.000 fr.

II. — 100. Il renonce au legs auquel il est appelé conjointement avec son nouvel époux.

III. — 101. *Assurances sur la vie.*

L'époux remarié contracte avec une compagnie une assurance sur la vie, pour une certaine somme payable à son décès à son nouveau conjoint : cette désignation du nouveau conjoint comme bénéficiaire du capital peut constituer une libéralité indirecte.

D'abord cet acte est juridiquement valable, il constitue une stipulation pour autrui, soumise aux règles de l'art. 1121 (1), et le bénéficiaire a un droit personnel au capital de l'assurance (2).

Mais il ne constitue pas toujours une libéralité, cela dépend du but d'après lequel la désignation du bénéficiaire a eu lieu ; il faut aussi examiner à quel titre a agi celui qui a fait cette désignation ; on ne doit pas présumer plutôt la libéralité que l'acte à titre onéreux. Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour faire cette

(1) Paris, 30 avril 1891, D., 92. 2. 153. — Agen, 30 mai 1894, D., 95. 2. 513. — Rouen, 6 avril 1895, D., 95. 2. 545. — Civ. cas., 8 avril 1895, D., 95. 2. 441. — Paris, 10 mars 1896, D., 96. 2. 465.

(2) Cas. 6 fév. 1888, 16 janv. 1888, S., 88. 1. 121. — Grenoble, 11 déc. 1894, D., 96. 2. 97. — Cass. 8 avril 1895, D., 95. 1. 441. — Cass. 9 mars 1896, D., 96. 1. 391.

recherche (1). Le tribunal décidera donc si la désignation du nouveau conjoint comme bénéficiaire doit être regardée ou non comme une libéralité.

Supposons qu'il résulte des circonstances du fait que l'époux remarié a voulu faire une libéralité.

Quel est le montant de cette libéralité ? Est-il égal au capital que la Compagnie d'assurances verse au conjoint survivant ?

Une donation est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte (article 894). C'est un acte par lequel le donateur fait sortir une chose de son patrimoine pour le faire entrer dans celui du donataire.

Or, dans notre hypothèse, de quoi le donateur s'est-il dépouillé ? Qu'a-t-il déboursé ? Seulement le montant des primes qu'il a payées à la Compagnie, rien autre chose. Comment aurait-il pu se dépouiller du capital à verser par la Compagnie, puisque jamais ce capital n'a fait partie du patrimoine du donateur, il a été créé seulement au décès de ce dernier qui n'en n'a jamais été créancier (2).

Mais, dit-on, si l'époux donateur n'avait pas fait cette stipulation pour autrui, le montant de l'assurance aurait fait partie de sa succession ! Cela est une pure hypothèse, ne peut-on pas croire, au contraire, que cette stipulation

(1) Cass. Req., 21 janv. 1876, D., 78. 1. 429 ; — Civ. rej., 12 fév. 1877, D., 77. 1. 342 ; — Cass. Req., 9 mai 1881, D., 82. 1. 97. — Douai, 14 fév. 1887, S., 88. 2. 49.

(2) Voir PLANIOL, En note sous Cass., 22 fév. 1893, D., 93. 1. 401. (Cet auteur n'admet pas notre théorie.)

en faveur de son époux a été le seul motif pour lequel le donateur s'est engagé à verser les primes d'assurances ? et qu'il n'aurait jamais fait le sacrifice de ces sommes s'il avait prévu que sa succession serait seule à en profiter. Ce qu'il est vrai de dire c'est que les primes, et rien que les primes se seraient retrouvées dans la succession du stipulant. Mais l'enrichissement du donataire quant à la différence entre le total des primes et le montant du capital ne correspond pas à un amoindrissement de la fortune du donateur.

En un mot, si le patrimoine du donateur est diminué, c'est seulement de la valeur des sommes payées à la compagnie.

Par conséquent la libéralité n'existe que pour le montant de ces primes : ce sera donc seulement de ce montant dont il faudra tenir compte quant au rapport (1), quant à la réduction, quant aux réserves et spécialement quant à la réserve des enfants du premier lit de l'époux donateur (2).

(1) Il faut toutefois remarquer que si l'époux qui a ainsi contracté une assurance au profit de son conjoint est marié avec ce dernier sous le régime de la communauté, le bénéficiaire ne doit le rapport que de la moitié des primes (si c'était la femme, il serait nécessaire pour cela qu'elle acceptât la communauté). Ces primes, en effet, ont été prélevées sur l'actif de communauté, elles auraient donc fait partie de cet actif lors de la dissolution du mariage, elles se seraient partagées par moitié entre les époux, on peut donc dire que le conjoint bénéficiaire est son propre donataire pour la moitié des primes.

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obl. t. 1*, n° 207, p. 219, note 2.

(2) En ce sens : LABBÉ, en note sous Douai, 14 février 1887. S., 88, 2^e 51. J. LEFORT, en note sous cass. 22 fév. 1893, Pand. franç. 94. 1. 65. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. *Succ.* III, n° 3580. BAUDRY LACANTINERIE et BARDE, *Oblig.* I, n° 205. La Cour de cas. qui d'abord

102. Mais supposons que l'époux remarié a fait une *assurance mixte* : il a stipulé de la Compagnie d'assurances une somme payable à lui-même, s'il dépasse un tel âge, ou s'il survit à telle époque, et payable à sa nouvelle épouse s'il meurt avant l'époque convenue.

Il faut décomposer cette assurance en deux assurances conditionnelles : l'une faite au profit du stipulant sous la condition résolutoire de son décès, l'autre au profit de sa femme sous la condition suspensive du décès du stipulant(1)

avait été partisan du système contraire est revenue sur sa jurisprudence, 29 juin 1896, D., 97. 1. 73. Pand. franç. 97. 1. 113. — Rennes, 9 fév. 1888, S., 89. 2. 121. Pand. franç. 89. 2. 691. — Nancy, 18 février 1888, S., 90. 2. 27. Pand. franç. 90. 2. 206. D., 89. 2. 198. — Bourges, 7 mai, 1888. S., 89. 2. 16. — Paris, 30 avril 1891, Pand. franç., 92. 2. 241. D., 92. 2. 153. S., 91. 2. 189.

En sens contraire : PLANIOL en note sous cass. 22 fév. 1893, D., 93. 1. 401. — Paris, 1^{er} août 1879, S., 80. 2. 249. — Alger, 9 juin 1885, S., 86. 2. 69. — Aix, 20 mars 1888, S., 89. 2. 17. — Amiens, 8 mai 1888, S., 88. 1. 177.

La Cour de cass. le 21 octobre 1896, D., 97. 1. 454, S., 97. 1. 148. Pand. franç. 97. 6. 16, a rendu un arrêt par lequel elle décide que « l'art. 6 de la loi du 26 juin 1875 qui soumet au droit de mutation par décès toutes sommes stipulées payables à un tiers au moment du décès de l'assuré, s'applique *aux assurances* dont le bénéfice est recueilli à titre gratuit » au *montant même du capital* payable au décès. — Il ne faudrait pas croire qu'elle se soit par là écartée de la doctrine adoptée par elle le 29 juin 1896. En matière d'assurances sur la vie, la loi fiscale n'a pas du tout la même théorie que la loi civile, et (comme le dit la décision du tribunal d'Arras confirmée par la Cour de cassation) si, juridiquement, il est vrai de dire que le *capital de l'assurance* ne fait pas partie du patrimoine de l'assuré, la loi en a décidé autrement *au point de vue fiscal*. La loi de 1875 est formelle, elle soumet au droit de mutation le montant même de l'assurance, et à son point de vue on peut considérer la femme comme bénéficiaire à titre gratuit du montant de l'assurance, puisqu'elle a recueilli ce bénéfice de la stipulation pour autrui sans subir le moindre déboursé.

(1) Douai, 14 fév. 1887., S., 88. 2. 49 — Cass. 6 fév. 1887., S., 88. 1. 121. — Cass. 8 avril 95., D., 96. 1. 442.

Cela est parfaitement licite, on peut faire un contrat dont la nature n'est pas déterminée au moment de sa formation et qui sera tel ou tel selon que telle ou telle éventualité se réalisera.

Dans notre hypothèse, supposons que ce soit l'assurance en cas de survie qui se réalise : le mari est seul créancier du capital, la femme n'y a aucun droit. Mais si le mari meurt avant l'époque indiquée, alors l'assurance en cas de survie stipulée à son profit est censée n'avoir jamais existé (elle était faite sous la condition résolutoire de son décès), et, par contre, l'assurance stipulée en cas de décès, au profit de la femme, est censée avoir toujours existé (elle était faite sous condition suspensive) ; alors la femme est dans la même situation que celle qui a été étudiée plus haut : celle où l'époux remarié a contracté une assurance dont le capital sera, à son décès, payable à son nouveau conjoint : il faut donc appliquer ici ce qui a été dit pour cette hypothèse.

IV. — *Avantages indirects résultant du jeu des conventions matrimoniales.* (Art. 1496 et 1527.)

103. Les conventions matrimoniales sont susceptibles de procurer des avantages considérables à l'un des époux, au détriment de l'autre. Supposons, par exemple, que les époux adoptent le régime de la communauté légale : Le mari a 100.000 fr. de biens mobiliers, la femme a 100.000 fr. de biens immobiliers. La femme conserve en propre ses immeubles, au contraire les 100.000 fr. du mari tombent dans la communauté, ils appartiendront pour la moitié à la femme, lors de la dissolution de l'association conjugale.

La loi considère cependant, en général, comme acquis à titre onéreux, les avantages résultant des conventions matrimoniales et cela, sans distinguer entre les conventions acceptées tacitement par les époux mariés sans contrat ou celles qui ont été stipulées expressément. Le profit que l'un des époux retire du jeu de ces conventions n'est donc pas une libéralité que lui fait son conjoint, mais un avantage acquis à titre onéreux ; ces sortes d'avantages ne soulèvent pas les questions de réserve ni de quotité disponible.

L'application de cette règle aux enfants nés du mariage n'offre pas de danger. En effet si les enfants perdent, dans la succession de leur auteur décédé le premier, les avantages dont celui-ci a, de cette façon, gratifié le survivant, ils les retrouveront dans la succession de ce dernier, dont ils sont également héritiers.

Cette situation change complètement quand il s'agit d'enfants nés d'un précédent mariage : ils perdront certainement les avantages indirects que leur auteur remarié aura faits à son nouveau conjoint, car ils ne sont pas héritiers de ce dernier.

Heureusement, le législateur veille d'une façon particulière sur l'intérêt de ces enfants. Il a non seulement assigné dans l'art. 1098, la quotité des libéralités qu'un époux remarié peut faire à son nouvel époux au détriment de ses enfants du premier lit, mais encore il a décidé que cette quotité ne pourrait être dépassée ni par une voie directe ni par une voie indirecte (art. 1099). Il a même prévu que les conventions matrimoniales offraient à l'époux remarié un de ces moyens indirects de tourner les dispositions de l'art. 1098 ; aussi il a rédigé deux

articles spéciaux dans lesquels, faisant l'application de l'art. 1099, il décide que les avantages indirects résultant au profit du nouvel époux de l'adoption du régime de la communauté légale ou conventionnelle ne pourront être supérieurs à la quotité autorisée par l'art. 1098, par conséquent, s'ils dépassaient cette limite ils seraient, selon le droit commun, sujets à réduction.

104. Il faut remarquer que la loi s'applique à tous les avantages en capital qui, en fait, résultent pour l'un des époux du jeu des conventions matrimoniales : il n'y a pas à examiner quelle a été à ce point de vue *l'intention des parties* : les textes, en effet, sont formels, ils n'exigent pas que l'un des époux ait voulu avantager son conjoint, mais ils s'attachent uniquement à l'effet des conventions : lorsqu'il existe, en fait, un avantage dépassant le disponible, la loi suppose à l'un des époux l'intention d'avantager son conjoint, ce qui d'ailleurs existera presque toujours. (1)

105. Ainsi que nous allons le constater, ces avantages indirects peuvent résulter soit de la communauté légale, soit de la communauté conventionnelle, ils sont, en général considérés par la loi comme de véritables libéralités à l'égard du conjoint d'une personne remariée ayant des enfants d'un premier lit.

1° AVANTAGES INDIRECTS RÉSULTANT DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

106. L'art. 1496 dit :

« Tout ce qui est dit ci-dessus (c'est-à-dire dans la première

(1) RODIÈRE et PONT, t. 3, n° 1623. AUBRY et RAU, t. 7, § 690 page 275. GUILLOUARD, op. cit., t. 3 n° 1441. LAURENT, t. 23, n° 407. *Répertoire raisonné de la prat. des aff. au mot Communauté*, n° 17511.

partie relative à la communauté légale) sera observé même lorsque l'un des époux ou tous deux auront des enfants de précédents mariages. Si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'art. 1098 au titre des Donations entre vifs et ces Testaments, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement. »

107. La question tranchée par le législateur dans cet article était controversée dans l'ancien droit. On disait : C'est la loi qui fait tomber dans la communauté légale tout le mobilier de chacun des époux : si l'un d'eux est avantagé, il l'est par la loi et non par son conjoint avec lequel il n'a fait aucune convention à cet égard. Ces avantages ne sont pas réductibles au profit des enfants du premier lit, puisque seuls le sont, ceux que le nouvel époux reçoit de son conjoint.

La théorie contraire avait déjà prévalu à cette époque ; Pothier disait, en effet : « Quoique cette communauté soit appelée légale, ce n'est pas néanmoins la loi qui en est la cause immédiate ; la cause immédiate qui produit et établit cette communauté est une convention qui n'est pas, à la vérité, expresse et formelle, mais qui est virtuelle et implicite, par laquelle les parties acceptent un contrat que la loi leur offre tout rédigé. » (1).

108. Les avantages procurés par la communauté légale au nouvel époux sont donc susceptibles de procurer au nouvel époux un avantage sujet à réduction. Ainsi, la confusion du mobilier et des dettes des époux, produite

(1) POTHIER. *De la Communauté*, article préliminaire, n° 10, Edition Bugnet, t. 7, page 59.

lors du mariage, peut avantager considérablement l'un des époux.

Supposons que l'époux binube apporte à la communauté un actif mobilier de 20.000 fr., sa nouvelle femme un passif mobilier de 10.000 fr. : les 10.000 fr. de dettes et les 20.000 fr. d'actif se confondent ; il en résulte que, lors de la dissolution, la femme a droit à 5.000 fr. Son mari lui a fait indirectement un avantage de $10.000 + 5.000 = 15.000$ fr.

109. L'art. 1496 considère aussi comme sujet à réduction l'avantage résultant de la confusion du mobilier et des dettes survenue pendant le mariage : cette confusion peut résulter d'un legs mobilier, d'une succession mobilière survenus, à l'un des époux, pendant le mariage.

Il n'y a aucune raison de distinguer entre la confusion du mobilier et des dettes qui se produit à l'époque du mariage et celle qui survient postérieurement : l'une et l'autre peuvent porter une atteinte égale à l'article 1098 ; elle tombent toutes deux sous l'application de cet article dont le texte est absolument général : il parle de « la confusion du mobilier et des dettes », sans distinction.

Si cet alinéa deuxième composait, à lui seul, tout l'art. 1496, on pourrait se demander de quel mobilier et de quelles dettes il s'agit, mais le doute n'est pas possible si l'on combine les deux parties de l'article : l'alinéa premier dit explicitement : Toutes les dispositions sur la communauté légale seront observées, même quand l'un des époux ou tous deux auront des enfants de précédents mariages ; c'est-à-dire, même dans l'hypothèse dont nous nous occupons, entrent dans la communauté légale tout le mobilier présent et futur, toutes les dettes présentes et

futures, sans distinction. Puis vient l'alinéa deuxième : Si, toutefois la confusion du mobilier ou des dettes (sous-entendu : dont il vient d'être parlé), etc. ; par conséquent, il ne s'agit pas seulement ici du mobilier présent et des dettes présentes !

Dira-t-on, malgré cela, qu'il faut suivre en cette matière l'opinion admise par certains auteurs, sous l'ancien Droit : les successions futures sont, en effet, incertaines ; la femme, par exemple, à qui elles sont échues « ne doit pas être censée avoir, par le défaut de réserve de succession, voulu faire un avantage à son second mari, mais plutôt avoir laissé aller le cours naturel de la loi de la communauté conjugale, suivant laquelle tout le mobilier qui advient à chacun des conjoints, tant que cette communauté dure y tombe. » (1).

Si, sous l'empire de l'Édit des Secondes noces, on pouvait peut-être rechercher l'intention des parties, cela ne l'est plus aujourd'hui. L'Édit employait, en effet, l'expression *donner* (2), ce qui pouvait permettre la recherche de l'intention des époux. La rédaction de l'art. 1496 est toute différente, et cet article, comme nous l'avons déjà dit (voir n° 104), ne considère pas la volonté des époux, mais uniquement l'effet de la convention.

Donc, l'avantage qui résulte, au profit du nouvel époux, d'une succession ou d'un legs échu à son conjoint, pendant le mariage, est sujet à l'article 1496 (3).

(1) POTIER. *Contrat de mariage*, n° 553. Édition Bugnet, t. 6, page 257.

(2) Voir le texte, page 10.

(3) En ce sens, AUBRY et RAU, t. 7, § 690 p. 621. texte et note 14. RODIÈRE et PONT, t. 3, n° 1624. GUILLOUARD, *Contrat de mariage*,

2° AVANTAGES INDIRECTS RÉSULTANT DE LA COMMUNAUTÉ
CONVENTIONNELLE.

110. Les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux articles 1387, 1388, 1389, 1390.

Mais dans le cas où il y a des enfants d'un précédent lit, ces conventions ne peuvent procurer au nouvel

t. 3, n° 1432. MARCADÉ, sur 1496, n° 2. LAURENT, t. 23, n° 405. *Répertoire raisonné de la prat. des aff.* V° Commun. légale n° 18768. *Diction. des droits d'enregistrement.* V° Commun. n° 1296. Caen, 21 nov. 1868, D., 70. 2. 159. — Rouen, 29 janvier 1892, D., 92. 2. 164. — Nancy, 25 février 1891, D., 91. 2. 353. S. 92. 2. 65. (Cet arrêt est classé, à tort, par le rédacteur de l'article : *Mariage* (Pandectes Franc. n° 8508), comme adoptant la théorie contraire. Cet arrêt ne croit pas que l'avantage résultant pour l'un des époux de l'inégalité des apports, constitue une véritable libéralité (ce qui n'est pas en question pour le moment), mais il admet que la confusion du mobilier et des dettes peut opérer un avantage indirect, sujet à réduction et que l'article 1496 « s'applique à l'avantage résultant, non pas seulement des apports mobiliers et des dettes existant lors du mariage, mais encore à la confusion du mobilier et des dettes advenus au même époux pendant le mariage, la généralité des termes.... de l'art. 1496.... se référant évidemment à tout l'actif et à tout le passif susceptible de tomber dans la communauté. »

En sens contraire. (Cette opinion admet donc que la confusion du mobilier et des dettes survenue pendant le mariage ne peut opérer au profit du nouvel époux un avantage sujet à retranchement).

DE FOLLEVILLE. *Du contrat de mariage*, t. 1, n° 544.

A. BERTAULD. *Questions de Code Napoléon*, 11^e série, pages 324 à 351. Cet auteur donne à l'appui de son opinion l'argument suivant : Supposons qu'un veuf avec enfants contracte une seconde union sans contrat de mariage; il a 100.000 francs de valeurs mobilières. Sa nouvelle épouse apporte un capital absolument égal, ils n'ont de dettes ni l'un ni l'autre. Le mari administre mal et dissipe l'actif mobilier de 200.000 fr. Plus tard, il recueille un legs de 50.000 fr. Il meurt, et la communauté est réduite aux 50.000 fr., montant du legs.

Or, comme d'après l'opinion que nous avons admise, l'art. 1496

époux un avantage supérieur à celui que permet l'art. 1098. Cette règle, établie par l'article 1527, est absolument générale et s'applique à toutes les conventions spéciales qui sont susceptibles de procurer un avantage indirect au nouvel époux.

111. Ces clauses peuvent se rapporter soit à la composition, soit au partage de la communauté.

Ainsi, quant à la composition de la communauté, on peut surtout signaler la clause d'ameublement, la clause de réalisation du mobilier, l'adoption de la communauté universelle.

Quant aux clauses qui concernent le partage de la communauté, l'art 1527 s'applique par exemple, à la clause qui assigne au nouvel époux un préciput fixe ou un forfait de communauté, ou qui lui donne un droit d'usufruit sur la communauté, ou la jouissance de baux

déclare que même les avantages postérieurs au contrat de mariage sont soumis à l'action en réduction de l'art. 1098, M. BERTAULD affirme qu'en appliquant cette théorie, l'époux binube ayant apporté 50.000 fr. de plus que son conjoint, tout ce que ce conjoint reçoit de ces 50.000 fr. constitue à son égard un avantage qui ne peut dépasser le disponible de l'article 1098, soit le $\frac{1}{4}$ de 50.000 fr. = 12.500, le conjoint ne pourrait donc recevoir que 12.500 fr. : « Un pareil résultat n'est-il pas inique ? Le mari, gérant de la communauté a dissipé avec son apport de 100.000 fr. l'apport de 100.000 fr. de sa femme ; il n'a pas enrichi son conjoint ; il l'a appauvri et voilà que sous le prétexte que le seul élément qui reste dans la société y est entré de son chef, il est réputé avoir gratifié celui dont il a opéré la ruine. »

Nous croyons que cet argument particulier est dénué de fondement : car la conclusion de l'auteur cité, serait que l'art. 1496 ne s'appliquant pas aux legs postérieurs au contrat de mariage, l'épouse a droit dans la communauté à $50.000 : 2 = 25000$ fr. Or nous pensons que selon la théorie que nous avons soutenue sur l'art. 1496, c'est aussi à cette somme qu'à droit le nouveau conjoint (Voir n° 214).

appartenant à l'association conjugale et en cours lors de sa dissolution (1) ou encore à la clause qui lui attribue tout ou partie de la communauté.

112. L'article 1525 déclare cependant que cette dernière stipulation « n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond soit quant à la forme ». Ces termes sont trop absolus : ils sont exacts en ce qui concerne tous les héritiers, excepté les enfants du premier lit. En effet, l'article 1525 continue : cette stipulation « est une convention de mariage et entre associés ». Or, l'art. 1527 dit que toute convention de mariage qui tendrait, dans ses effets, à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'art. 1098 constitue un avantage indirect sujet à réduction, s'il y a lieu. N'est-il pas évident que le nouvel époux est avantagé d'une valeur égale à la moitié des bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les fruits et revenus des biens ? En effet, quand il a été stipulé que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, le nouvel époux dans notre hypothèse, les héritiers de l'autre époux ont le droit de faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Mais l'époux remarié avait droit à la moitié des bénéfices et économies, en cédant ce droit à son conjoint, il lui a fait un avantage égal à cette valeur.

Nous verrons, de plus, que si l'art. 1527 *in fine* dit que les simples bénéfices résultant des travaux communs et les économies faites sur les revenus respectifs, quoique

(1) Cass. 3 déc. 1861, D., 62. 1. 441.

inégaux des deux époux ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit, il vise seulement le cas d'un partage *égal* de la communauté (Voir N° 121).

Il n'y avait aucun motif pour distinguer entre la clause qui nous occupe et toutes les autres, et si l'on avait soustrait à l'art. 1527 cette stipulation spéciale, le but de la loi eut été manqué, car un moyen pratique de fraude aurait été ainsi offert à l'époux remarié (1).

3° LES AVANTAGES RÉSULTANT DES CONVENTIONS MATRIMONIALES SONT, EN GÉNÉRAL, CONSIDÉRÉS COMME DE VÉRITABLES LIBÉRALITÉS A L'ÉGARD DU CONJOINT D'UNE PERSONNE REMARIÉE AYANT DES ENFANTS D'UN PREMIER LIT.

113. Nous avons vu quelques exemples des avantages que la communauté légale ou conventionnelle peut procurer au nouveau conjoint de l'époux remarié au détriment de celui-ci et des enfants du premier lit; quelle est la nature de ces avantages?

Doit-on les considérer comme de véritables *libéralités*, ou bien ne faut-il voir en eux que des *bénéfices* acquis à titre onéreux par l'un des époux mais soumis à l'une des règles seulement des libéralités, la réduction.?

Les conséquences des deux systèmes sont très différentes : admet-on le premier? Ces avantages constituent des libéralités, ils devront être soumis aux règles régissant les libéralités directes ou indirectes : ainsi ils

(1) En ce sens AUBRY et RAU. t. 7, § 530, pages 509-510. RODIÈRE et PONT. t. 3, n° 1613. GUILLOUARD. t. 3, n° 1441. MARCADÉ sur 1525, n° 3. LAURENT. t. 23, n° 380. *Répertoire raisonné de la pratique des affaires*. Communauté convent., n° 17477.

seront imputables sur la quotité disponible, sur la part héréditaire en usufruit du conjoint survivant.

Si les avantages ne sont que des bénéfices acquis à titre onéreux, ils ne sauraient soulever les questions de réserve, de quotité disponible ; ils seraient, comme tout autre avantage acquis à titre onéreux, non imputables sur la quotité disponible, ni sur la part héréditaire en usufruit du conjoint survivant (1).

114. Nous croyons que les avantages réalisés par le nouvel époux, par le moyen de la communauté légale ou conventionnelle, sont considérés, par la loi, comme de véritables libéralités (2).

Le principe sur lequel s'appuie l'opinion adverse (3) est celui-ci : toutes les conventions matrimoniales sont des actes à titre onéreux. En effet, elles établissent expressément ou tacitement une société entre les époux : or les actes établissant une société sont à titre onéreux.

(1) Il nous semble qu'on ne peut admettre en cette matière une opinion intermédiaire disant que : l'avantage doit être considéré comme une libéralité seulement dans les rapports des enfants et du conjoint, mais jamais à l'égard des tiers. Ceci est, en effet, l'expression, sous une autre forme de la théorie qui admet que l'avantage dont il est question n'est qu'un bénéfice acquis à titre onéreux par l'un des époux, mais soumis à l'une des règles seulement des libéralités : à la réduction.

(2) DEMOLOMBE. t. 23, n° 576. BEAUCHET, en note, Pand. franç., 93. 2. 1. BOURCART, en note, S., 92. 2. 65. PLANIOL, en note, D., 91. 2. 353, et 92. 2. 170. BAUDRY LACANTINERIE, t. 3, n° 324. LAMACHE, *Commentaire de la loi du 9 mars 1891*, n° 52.

Châteauroux, 27 mai 1890, confirmé en Appel, Bourges, 28 déc. 1891, D., 93. 2. 170. S., 92. 2. 69. — Rouen, 11 fév. 1892, D., 93. 2. 170. S., 92. 2. 164. — Arbois, 23 mai 1893, confirmé par Besançon, 21 mars 1894. Pand. franç., 94. 2. 340.

(3) Nancy, 25 février 1891, D., 91. 2. 353. S., 92. 2. 65.

Mais l'association conjugale n'est pas du tout une société ordinaire. Elle n'en a ni la nature, ni le but, ni les règles. Les véritables sociétés sont des associations de capitaux mis en commun pour réaliser un bénéfice, et leur loi fondamentale est l'égalité des droits, l'équilibre ou au moins la proportionnalité des risques et des bénéfices. Est-ce là le but et les règles de l'association conjugale qui est avant tout une association de personnes, d'existences, qui permet l'inégalité la plus complète des apports, qui admet des dons de l'un des associés à l'autre et qui, par conséquent, comporte souvent de véritables libéralités. Si l'on peut affirmer, d'une part, que les avantages recueillis par un associé dans une société ordinaire sont acquis à titre onéreux, cela parce que cet associé a fourni la contre-valeur; on ne peut, d'autre part, appeler avantage acquis à titre onéreux celui qui est recueilli par un époux qui n'a rien fourni en échange! La communauté n'a donc pas au même degré que la société le caractère de convention onéreuse, souvent elle est mêlée de véritables libéralités.

Ainsi, supposons que deux personnes se marient sans contrat : le mari a 10.000 fr. de meubles, la femme ne possède rien; à la dissolution de la communauté, la femme a droit à la moitié de 10.000 fr., c'est-à-dire 5.000 fr. Pourrait-on dire qu'elle a acquis ce capital à titre onéreux? Mais pour acquérir à titre onéreux, il faut fournir un équivalent, une contre-valeur. Or, elle n'a rien fourni : comment affirmer raisonnablement qu'elle n'a pas acquis à titre gratuit!

Cette femme profite encore des revenus du capital apporté par le mari; nous admettons qu'elle acquiert cet

avantage à titre onéreux; elle a, par son travail, ses soins donnés au ménage, fourni l'équivalent des profits procurés par les revenus; aussi les articles 1496 et 1527 déclarent cet avantage non sujet à réduction; quant au capital, la femme doit être regardée comme l'ayant acquis à titre gratuit.

Cependant, en général, la loi ne traite pas comme une libéralité véritable, les avantages résultant de la communauté, par une fiction, elle les *répute* acquis à titre onéreux, cela, afin de simplifier le règlement des rapports pécuniaires entre époux, rapports généralement très complexes (1).

D'ailleurs les enfants nés du mariage, normalement réservataires, sont ceux qui auraient eu, surtout, le droit de se plaindre de ces avantages indirects : mais il leur importe peu que ces dispositions soient déclarées irréductibles, qu'elles fassent passer dans le patrimoine de l'un de leurs auteurs une certaine portion du patrimoine de l'autre : héritiers de ces deux personnes, ils retrouveront dans la succession de l'une ou de l'autre ce qui a fait l'objet de ces donations indirectes.

Mais cette situation change complètement quand cette espèce de donation indirecte a été faite à son conjoint par une personne ayant des enfants d'un autre lit, ceux-ci perdent définitivement ce qui a été donné à ce nouveau conjoint dont ils ne sont pas héritiers.

Le législateur, en présence de ces situations absolument différentes a traité différemment les avantages matrimoniaux : il leur a donné un caractère différent suivant

(1) En ce sens : BOURCART. BEAUCHET. PLANIOL. *loc. cit.*

que l'époux qui a fait cet avantage a ou non des enfants d'un premier lit.

Dans la négative, il considère, fictivement, que ces avantages ne sont pas des libéralités, il décide qu'ils ne seront pas *regardés*, pas *réputés* donations : (art. 1516 : « le préciput n'est pas *regardé* comme un avantage sujet aux formalités des donations » ; art. 1525 : « cette stipulation n'est point *réputée* un avantage sujet aux règles relatives aux donations. »)

Dans l'affirmative, il renonce à sa fiction, pour revenir à la réalité : dans les articles 1496 et 1527, il renvoie à l'art. 1098, il ne fait que l'application de cet article dont il adopte même expressément la sanction, c'est-à-dire l'action en réduction ou en retranchement ; or, à quoi s'applique cet article 1098, seulement à des libéralités directes ou indirectes, par conséquent tous les avantages qui tombent sous son application sont des libéralités directes ou indirectes.

L'opinion adverse conteste ceci en prétendant que l'action en retranchement n'est pas la véritable action en réduction à laquelle sont soumises les véritables libéralités. En effet, dit-on, quand le législateur parle des avantages sujets à cette action en retranchement, il évite, intentionnellement, l'emploi des expressions : libéralité, donation, réduction ; il emploie les termes : avantage, retranchement. En tous cas, il ne faut voir, dans le renvoi fait à l'art. 1098, qu'un mode employé par le législateur pour fixer la mesure de ce que le conjoint d'un homme ou d'une femme ayant des enfants de précédents mariages pourra recevoir en sa qualité de commun en biens, c'est ce cas particulier que les deux articles

1496 et 1527 prévoient et non une transformation quelconque de la nature même du titre de l'époux. Autrement dit, la loi a limité l'aptitude du nouvel époux à prendre part dans la communauté, mais à son égard les avantages résultant des conventions matrimoniales restent à titre onéreux.

D'abord, dit-on, l'action en retranchement n'est pas l'action en réduction; remarquons tout de suite qu'au point de vue des termes, retranchement et avantage sont presque synonymes de réduction et de donation. Cependant, ces expressions spéciales employées par le législateur, quand il parle des bénéfices résultant de la communauté pourraient peut-être laisser croire qu'il n'assimile pas l'action en retranchement et les avantages, à l'action en réduction et aux donations. Mais, ce doute disparaît complètement, quand on connaît le motif pour lequel le législateur a employé ces expressions. Il n'a fait que parler le langage dont se servaient les jurisconsultes depuis l'édit des secondes nocces, quand ils songeaient aux bénéfices résultant de la communauté. Or ces jurisconsultes et la jurisprudence attribuaient aux avantages matrimoniaux le caractère de libéralités, du moins lorsqu'il y avait des enfants d'un premier lit. (1)

Le législateur du Code Civil a employé leurs expressions et adopté leur théorie. Voyons de plus les observations qui ont été faites au Corps législatif lors de la présentation de l'article 1496. L'orateur dit qu'en examinant la question de savoir si les règles de la communauté

(1) POTHIER. *Donations entre vifs*, n^{os} 254 et suiv. Édition BUGNET, t. 8, p. 433.

devaient recevoir quelque modification quand l'un des époux a des enfants d'un précédent mariage, on a facilement trouvé la solution de la question dans l'art. 1098. « Cet article règle et limite les *libéralités* que toute personne ayant des enfants peut faire à son second époux. Dans le cas particulier, il suffit donc de se référer à cet article, en exprimant, que si, par la mise de son mobilier dans la communauté ou le paiement des dettes de l'autre époux, celui qui a des enfants se trouvait *donner* au delà de la portion disponible, les enfants du premier lit auront l'action en retranchement ». « On conçoit d'ailleurs que la même restriction s'étendra au cas de la communauté conventionnelle » (1).

Si les avantages dont il s'agit n'ont pas le caractère de libéralités, il faut absolument les assimiler à des bénéfices à titre onéreux. Or, pourquoi de tels bénéfices seraient-ils réduits, alors que les actes dont ils résultent ont été passés librement par un majeur en possession de ses facultés ? Que ferait-on de la liberté des conventions que le Code Civil laisse pleine et entière ? Des libéralités peuvent être réduites : elles sont soumises à des règles toutes spéciales par le législateur qui ne veut pas que dans certains cas une personne dispose de son patrimoine à titre gratuit, si ce n'est dans une certaine mesure. Quant aux résultats des actes à titre onéreux, ils ne sont jamais réductibles, quand ils ont été faits dans les conditions signalées plus haut.

La théorie que nous combattons dit aussi : les bénéfices

(1) BERLIER, au Corps législatif dans la séance du 10 pluviôse an XII. FENET, t. 13, page 678.

recueillis à titre onéreux sont réductibles dans la limite fixée par l'article 1098 : Comment ! Cet article ne s'occupe que d'actes à titre gratuit : cela n'est pas contestable, et c'est justement cet article qui servirait de mesure pour des actes d'un caractère absolument opposé ! « Quelle incohérence dans ce système ! L'article 1098 vise certainement les donations, tout le monde en convient et s'incline. La réduction à la quotité disponible prévue par cet article tient évidemment à la nature de l'acquisition, au caractère gratuit, au danger qui en résulte et à la défaveur que la loi y attache. Puis on se trouve en présence des art. 1496 et 1527 : ils fixent une quotité, la même que celle de l'art. 1098, renvoient formellement à cet article 1098, et pourtant ces art. 1496 et 1527 n'auraient rien de commun avec l'art. 1098 qu'ils mentionnent ; ces deux dispositions quoique produisant un résultat identique à celui de l'art. 1098 auraient un principe différent. On se borne à constater que l'on retranche, sans donner le motif de ce retranchement, et les dispositions des art 1496 et 1527 flottent en l'air, ne se rattachant à rien » (1).

Autant ce système manque de cohésion, autant notre théorie est une.

La loi qui, en vue de la protection des enfants du premier lit, restreint la quotité disponible de leur auteur à l'égard de son nouveau conjoint, ne devait pas distinguer entre les donations directes et indirectes, car les dangers de dépouillement sont les mêmes dans tous les cas : et on peut constater qu'elle ne l'a pas fait ; examinons les articles où elle a édifié sa théorie : l'art. 1098 s'applique

(1) BOURCART, en note, S., 92. 2. 65.

aux donations formelles et fixe explicitement le montant de la quotité. L'art. 1099 s'adresse aux donations indirectes en général. Les articles 1496 et 1527 à certaines donations indirectes : aux avantages matrimoniaux; pour le montant de la quotité, ces trois articles renvoient à l'article 1098. Donc, les avantages que procurent au nouvel époux ses conventions matrimoniales sont, dans *l'intérêt des enfants du premier lit* considérés comme des donations indirectes.

115. De cette théorie découlent plusieurs conséquences:

Le nouvel époux est un donataire; sa donation, quoique indirecte, est soumise à l'action en réduction qui frappe toutes les libéralités empiétant sur la réserve, elle est imputable sur la quotité disponible et sur la part héréditaire du conjoint survivant, elle doit être rapportée fictivement pour le calcul de la réserve.

(D'après le système contraire de la Cour de Nancy, les avantages sont à titre onéreux, ils ne sont donc pas imputables sur la quotité disponible. L'époux remarié pourrait donc donner à son second conjoint deux fois la portion que l'article 1098 lui assigne, d'abord au moyen des conventions matrimoniales, puis, sa quotité disponible étant intacte, au moyen d'une donation ou d'un legs).

116. Mais remarquons bien que les avantages matrimoniaux ne sont considérés comme des libéralités que dans l'intérêt des enfants du premier lit; en supposant que cet intérêt ne soit pas directement en jeu, les avantages reprennent le caractère onéreux qu'ils ont généralement et sont soumis aux règles auxquelles ils sont assujettis dans cette dernière hypothèse. Ainsi, ils ne sont pas révoqués pour cause d'ingratitude, ils ne sont pas sujets à la

déchéance qui frappe l'époux coupable en cas de divorce, (art. 299), ils ne sont pas soumis aux droits fiscaux perçus en cas de libéralités. Dans ces diverses hypothèses, l'intérêt des enfants du premier lit n'est plus directement en question; les règles de la déchéance, de la révocabilité gouvernent les rapports des époux entre eux, les règles fiscales gouvernent les rapports de l'époux avec le Domaine: elles ne concernent pas l'enfant du premier lit.

117. Dans tous les cas, on n'enlève jamais au nouvel époux sa qualité de commun en biens. Cette qualité lui reste toujours, quoique la loi considère le nouvel époux d'une manière différente, selon qu'il y a ou non des enfants d'un lit précédent, le traitant selon les cas, soit comme un donataire, soit comme un acquéreur à un titre onéreux.

Par conséquent, il est en tant que commun en biens, tenu des dettes de la communauté (1).

(1) Le principe, consacré par l'arrêt de Nancy (voir plus haut), d'après lequel les avantages résultant des conventions matrimoniales ne sont pas considérés comme des libéralités quant aux enfants du premier lit, ce principe, disons nous, a été adopté par M. F. FOIRET dans une étude intitulée « *De l'application de l'art. 1496 du Code civil* » (Revue du Notariat, 1891, n° 8522).

Nous croyons utile de montrer à quelles conséquences pratiques peut mener cette théorie.

M. FOIRET donne l'exemple suivant : Un actif de communauté est de 100.000 fr. Les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, ils n'ont ni reprises, ni biens propres. Le mari a recueilli une succession mobilière de 80.000 fr., pendant l'association conjugale. Il décède laissant trois enfants d'un premier lit et un légataire universel.

La part de la femme dans la communauté est de 100.000 fr. : 2 = 50.000 fr.

Au moyen de calculs qui sont ici superflus, et que nous indiquons postérieurement (n^{os} 114 et suiv., 203 et suiv., 213), on

4° AVANTAGES MATRIMONIAUX NON CONSIDÉRÉS COMME
DES LIBÉRALITÉS.

118. Ce sont les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux des deux époux.

peut constater que la femme reçoit un avantage de 40.000 fr., et que cet avantage dépasse de 17.500 fr. la quotité disponible établie par l'art. 1098; la femme ne peut donc, en définitive, recueillir que 22.500 fr.

D'après l'auteur de l'étude sus-indiquée, les avantages résultant des conventions matrimoniales n'étant pas des libéralités, ils ne doivent pas être rapportés fictivement pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 913. Le droit du légataire universel s'élèverait donc au quart de 50.000 fr. (masse des biens existant dans la succession du de cujus) soit 12.500 fr.

L'actif de communauté de 100.000 fr. reviendrait donc :

A la veuve: $(22.500 + 10.000) =$	32.500 fr.
au légataire pour.....	12.500 fr.
aux enfants pour.....	55.000 fr.
	200.000 fr.

Mettons d'abord de côté la part + $(50.000 - 40.000 = 10.000 \text{ fr.})$ du conjoint survivant dans les bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus. Il ne s'élève aucune difficulté au sujet de cette somme.

Puis faisons observer que; 1° Il est indiscutable que le nouvel époux d'une personne ayant des enfants d'un premier lit ne peut recevoir directement ou indirectement au-delà de la part de l'enfant qui prend le moins (art. 1098); or d'après cette liquidation, cet enfant recueille 55.000 fr. : 3 = 18.333,33 et le conjoint 22.500 fr.

2° Si on ne fait pas rapporter à la masse des biens l'avantage indirect fait au nouvel époux, rapport qui est une conséquence naturelle de la théorie qui prétend que cet avantage est assimilé à une libéralité, on admet donc que cet avantage n'est pas une libéralité.

Et cependant la liquidation dont il s'agit n'est pas faite conformément à cette dernière théorie, car si l'avantage fait au conjoint n'est pas une libéralité, le défunt n'ayant pas encore disposé d'une

Ceci, il est vrai, n'est formellement déclaré que pour la communauté conventionnelle (art. 1527), mais il n'y a nulle raison pour ne pas étendre cette disposition à l'art. 1496. Il a été dit au Corps législatif lors de la présentation de l'art. 1496 : « Dans les cas (de commu-

parcelle de sa quotité disponible, peut la donner tout entière à un étranger.

Le légataire universel a donc droit au quart de toute la succession du de cujus. Or cette succession ne comprend pas seulement 50,000 fr., mais aussi 17,500 fr. provenant de la réduction de l'avantage matrimonial, et s'ajoutant rétroactivement à la masse des biens, et que l'on ne dise pas que l'art. 921 défend aux légataires de profiter de la réduction des libéralités, car il ne s'agit pas ici d'une libéralité !

Le légataire universel aurait droit en définitive à 50.000 + 17.500 = 67.500 : 4 = 16.875 fr. et les enfants à 50.625 fr.

Pour nous, qui croyons que l'avantage matrimonial est assimilé à une libéralité, nous soutenons qu'il doit être rapporté à la masse des biens, pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 913.

La quotité disponible de l'art. 913 serait donc de 50.000 fr. + 40.000 fr. = 90.000 fr. : 4 = 22.500. D'autre part l'époux peut recevoir une quotité égale à la part d'enfant, part qui dans notre hypothèse est égale à la portion à laquelle cet enfant a droit dans la réserve (voir n° 203) c'est-à-dire à 90.000 fr. — 22.500 fr. = 67.500 : 3 = 22.500 fr. La femme a donc pu recevoir directement ou indirectement 22.500 fr., c'est ce qui a été fait ; il arrive qu'après cette libéralité, le défunt a épuisé sa quotité disponible de l'art. 913, il n'a donc pas pu faire de legs valable et le legs universel est caduc en vertu de l'art 925.

La communauté doit donc être partagée ainsi :

A la femme 10.000 fr. + 22.500 fr. = 32.500 fr.

aux enfants (22.500 × 3) = 67.500 fr.

200.000 fr.

Observons que la liquidation est ainsi faite non seulement en conformité avec le texte de la loi, mais aussi avec son esprit : l'art. 1098 a été établi pour la protection des enfants du premier lit, la loi désire donc que leurs droits soient sacrifiés le moins possible : or la liquidation que nous combattons ne leur accorde que 55.000 fr. et celle-ci 67.500 fr.

nauté conventionnelle ou légale) les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux des époux ne devront pas être classés parmi les avantages sujets à réduction » (1).

119. Recherchons quelle est la portée de cette règle et pour cela examinons d'abord les termes de l'art. 1527, alinéa 4 : Si cette partie de l'article proclame irréductibles les bénéfices résultant des travaux et des économies faites sur les revenus respectifs, si elle ne les considère pas comme une libéralité faite au préjudice des enfants du premier lit, elle limite à deux circonstances les exceptions apportées aux articles 1098, 1496 et 1527, par conséquent, lorsque le nouvel époux reçoit un avantage ayant une autre cause que les bénéfices résultant des travaux communs, ou les économies faites sur les revenus, ce gain est classé dans la catégorie des avantages réductibles :

Si nous supposons, par exemple, que les capitaux apportés par l'époux remarié acquièrent une plus value, pendant le cours du mariage, par suite d'une hausse à la Bourse, le gain que procure cette plus value au second conjoint est sujet à réduction (2).

120. Examinons en vue de quel but, l'art. 1527, alinéa 4, a été édicté : La loi a décidé dans les alinéas précédents que toute convention qui tendrait, dans ses effets, à procurer un avantage au nouvel époux, serait sujette à réduction, s'il y avait lieu.

(1) BERLIER, *loc. cit.*, FENET, t. 43, p. 678. RODIÈRE et PONT, t. 3, n° 1627. COLMET DE SANTERRE, t. 6, n° 158 bis, 111. GUILLOUARD, t. 3, n° 1433. LAURENT, t. 23, n° 406.

(2) Besançon, 21 mars 1894, Pandect. franç., 94. 2. 340.

On aurait pu décider, si le Code s'était borné à poser ainsi sa règle, qu'elle s'appliquait aux avantages pouvant résulter d'une communauté où les époux n'auraient fait entrer que les bénéfices des travaux communs ou les économies de leurs revenus, et cela sous le prétexte qu'il y avait inégalité dans le travail, l'industrie ou dans les revenus, car alors celui qui fournit le travail moindre ou qui a apporté un travail moindre est avantagé.

La loi a voulu empêcher ce résultat, en décidant que les bénéfices que le deuxième conjoint pourrait retirer des travaux communs ou encore des revenus mis en communauté ne seraient pas considérés comme un avantage, ne seraient pas sujets à réduction, même si son travail ou ses revenus étaient moindres que ceux de l'autre époux.

121. Mais il est certain que l'alinéa 4 de l'article 1527 prévoit uniquement le cas où, les époux mettant en commun un travail ou des revenus inégaux, il arrive que, dans le cours du mariage et surtout dans le partage *égal* de la communauté, l'un des époux est avantagé; cet alinéa n'a pour objet que d'autoriser le partage égal des bénéfices d'une communauté dans laquelle des mises inégales ont eu lieu. La loi a supposé, sans doute, que chacun des époux aura par son travail, ses soins, son initiative acquis une part égale dans ces bénéfices, d'autre part elle a prévu qu'il sera presque impossible de calculer exactement quelle aura été la participation effective et respective de chaque époux dans l'acquisition des bénéfices, dans l'administration des capitaux; pour ces motifs, elle a décidé que chacun des époux aurait droit à la moitié des bénéfices réalisés et que cette portion ne serait pas sujette à réduction.

Mais l'art. 1527 al. 4 n'a pas voulu enlever le caractère de libéralité, faite au détriment des enfants du premier lit, à toutes les clauses du contrat de mariage par lesquelles l'époux remarié aurait stipulé le droit, pour son nouveau conjoint, d'avoir une part plus forte que la moitié, dans ces bénéfices et économies; en principe l'époux remarié a droit à une moitié, et si le nouvel époux peut, par son contrat de mariage, obtenir une part plus forte que l'autre moitié, il pourra se trouver avantagé, et il le sera certainement s'il est appelé à recueillir la totalité de ces mêmes bénéfices. Or, comme ce n'est pas ces stipulations de partage inégal ou d'attribution intégrale que l'art. 1527 in fine considère comme n'étant pas des avantages irréductibles, comme d'autre part ces stipulations peuvent tendre dans leurs effets à donner à l'époux au delà de la portion réglée par l'art. 1098, elles tombent sous l'application de l'art. 1527 alinéa 3, et elles sont réductibles. (1)

Ainsi pourront être réduites à la portion disponible de l'art. 1098 les clauses suivantes: celle qui attribue au nouvel époux la totalité des bénéfices et économies compris dans l'actif de la communauté, ou la totalité de la communauté sauf déduction des apports et capitaux provenant de l'autre époux (art. 1525), (ici encore il s'agit d'une convention de mariage ne s'appliquant qu'à des bénéfices de communauté) (2).

Ainsi encore est réductible la clause qui attribue au nouvel époux toute la communauté, dans le cas où les

(1) En ce sens : *Dictionn. des droits d'enregistr.*, t. 1, V^e Communauté n^o 1299.

(2) Cas. 13 juin 1855, D., 55. 1. 32. S., 55. 1. 513.

époux ont adopté le régime de communauté réduite aux acquêts. Cette communauté comprend uniquement les acquisitions mobilières faites par les époux ensemble ou séparément durant leur association, à l'aide des ressources provenant tant de l'industrie commune que de leurs économies sur les fruits et revenus des propres respectifs; or c'est justement sur cela que porte l'exception d'irréductibilité de l'art. 1527 al. 4. Par conséquent, lorsque les époux adoptent ce régime tel qu'il a été élaboré par le Code, sans le modifier par une convention spéciale, l'un des époux n'avantagera certainement pas l'autre au delà de ce qui est permis par l'art. 1098. Mais cependant il pourrait arriver que, même sous le régime de cette communauté réduite aux acquêts, l'époux remarié avantagerait son nouveau conjoint au delà des limites prescrites par l'art. 1098; cela se produira quand, par exemple, il lui aura attribué la propriété de la communauté (1), ou l'usufruit de la part lui revenant dans cette communauté (2), ou encore quand il n'aura pas constaté par inventaire ou par un état estimatif le mobilier qui lui appartenait lors du mariage ou qui lui est échu depuis (3) (ce mobilier est réputé acquêt art. 1499). Tous ces avantages seraient sujets à réduction.

(1) RODIÈRE et PONT, t. 3, n° 1626. *Répertoire raisonné de la prat. des aff.* V° Communauté d'acquêts n° 17700. — *Diction. des droits d'enregistrement.* V° Commun. n° 1298.

Cass. 20 avril 1880, D., 80. 1. 428. S., 81., 1. 70. — Paris, 26 juin 1880, D., 81. 2. 207. S., 80. 2. 315.

(2) Rouen. 22 janv. 1857. Cas. 13 avril 1858, D., 58. 1. 406. S., 58. 1. 426.

(3) LAURENT, t. 23, n° 406.

Bruxelles, 27 fév. 1832. D. J. G. *Contrat de mariage*, n° 2628.

CHAPITRE QUATRIÈME.

Montant de la quotité disponible établie par l'art. 1098.

122. Cette quotité disponible est égale à une part d'enfant légitime le moins prenant sans que, dans aucun cas, elle puisse excéder le quart des biens.

Le législateur ne veut donc pas que le nouveau conjoint de l'époux binubé recueille, dans la succession de ce dernier, une part plus forte que celle qui est dévolue à l'enfant du premier lit qui prend le moins. Et de plus la part de ce conjoint ne peut pas dépasser le quart des biens de l'époux remarié.

123. En d'autres termes, *le montant de la quotité disponible est égal à la part que l'enfant qui prend le moins avait le droit d'obtenir dans la succession de son auteur remarié ; le disponible ne peut dans aucun cas dépasser cette part, et même il ne peut être supérieur au quart de la succession.*

Faisons quelques remarques sur cette détermination :

124. *Le montant de la quotité disponible est égal :*
L'art. 1098 dit que l'homme ou la femme qui a des enfants d'un lit précédent ne peut *donner qu'une part d'enfant légitime le moins prenant* ; il ne faut pas prendre cette phrase à la lettre, et conclure que le nouvel époux doit toujours recevoir toute une part d'enfant et ne peut être avantagé que sous la forme de donation de biens à venir ;

le Code a déterminé par là le maximum de la quotité disponible, mais dans cette limite, le nouvel époux peut recevoir des libéralités, quelle qu'en soit la forme.

125. *A la part de l'enfant qui prend le moins* : les enfants succèdent tous à leur auteur par égales portions, l'expression employée par l'art. 1098 ne trouvera donc d'application, que lorsqu'un de ces enfants aura été avantagé par préciput et hors part : cet enfant joignant alors à sa qualité de successible celle de légataire ou de donataire a droit, dans la succession, à une part plus forte que ses frères et sœurs ; mais en tant que successible, il n'y a plus d'enfant plus ou moins prenant, tous ont toujours droit à une part égale (art. 745). Toutes les fois que cette part de successible ne dépasse pas le quart de la succession, elle est donc le maximum de la quotité que le nouvel époux a pu recevoir, et ne pourrait-on pas dire : La quotité disponible de l'art. 1098 est (alinéa 1) égale à la part à laquelle le nouvel époux aurait eu droit en tant qu'enfant et en tant que successible de son conjoint, mais cette part ne peut pas excéder le quart de la succession ? Par conséquent, si nous supposons que l'enfant qui prend le moins est un enfant né du second mariage, sa part devra cependant servir de base à la quotité disponible.

Par exemple : Paul se remarie, il a deux enfants nés d'un premier mariage ; il a donné à chacun 5.000 fr. par préciput. Il laisse à sa nouvelle femme par testament tout ce dont il pouvait disposer à son profit. Il décède ayant comme héritiers ses deux enfants du premier lit, deux du second, et 150.000 fr. de biens.

Ce sont les enfants du second lit qui recueillent de leur auteur la portion la moins élevée puisqu'ils ont chacun

150.000 : 5 = 30.000 fr., tandis que ceux du premier lit ont 35.000 fr.; mais cela parce que ces derniers sont en même temps donataires et héritiers : mais en temps qu'héritiers les quatre enfants recueillent chacun 30.000 fr. C'est donc cette somme, montant de ce que les enfants recueillent comme héritiers qui sera aussi le montant de la quotité disponible de l'art. 1098.

126. *Avait le droit de recueillir dans la succession de son auteur remarié.* Pour déterminer le droit du nouvel époux, il ne faut pas prendre pour base la quotité que l'enfant qui prend le moins recueille, en fait, dans la succession de son auteur, mais bien la quotité qu'il avait le droit d'y recueillir. Ainsi, supposons que l'un des enfants se contente d'une donation par préciput dont le montant est inférieur à la part qu'il aurait pu obtenir en faisant valoir tous ses droits; il renonce à la succession : ce ne sera pas d'après le montant de la donation que le droit de son parâtre ou de sa marâtre sera déterminé, mais d'après la quotité, qu'en droit, il pouvait exiger. Si cet enfant peut renoncer à ses droits, il ne peut sacrifier les droits du nouvel époux (1).

127. *Et même il ne peut être supérieur au quart de la succession.* Cette restriction a été proposée par Berlier lors de la confection du Code civil. Le projet de l'article était ainsi conçu : « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime et en usufruit seulement. » Le consul Cambacérés proposa de permettre à l'époux

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 582.

remarié la disposition en toute propriété de cette portion. Puis Berlier fit remarquer qu'il était juste que lorsqu'il n'y a qu'un enfant ou deux du premier mariage et pas du second, la quotité disponible ne fût pas égale à la moitié ou au tiers des biens (voir n° 92), que l'on pouvait établir à côté de la règle primitive relative à la part d'enfant une exception portant qu'elle ne pourrait pas, à l'égard du nouvel époux, excéder une quotité quelconque de la succession, par exemple le quart : c'est ce qui fut adopté.

128. Cette part, à laquelle est fixée la quotité disponible, est déterminée par le nombre des héritiers, elle est calculée sur une certaine masse de biens. Nous examinerons ces deux questions sous les deux premiers paragraphes. Nous rechercherons ensuite si la quotité égale à une part d'enfant et au quart des biens est le disponible fixé comme limite aux libéralités faites à tous les nouveaux conjoints réunis que s'est successivement donnés une personne ayant des enfants de lits précédents. Le paragraphe quatrième sera consacré à l'étude de la nature de la disposition « d'une part d'enfant » faite par l'époux remarié à son nouveau conjoint.

§ I. — ENFANTS QUI DOIVENT FAIRE NOMBRE POUR LA DÉTERMINATION DE LA PART D'ENFANT.

129. Ce sont tous ceux qui viennent à la succession de l'époux remarié (1).

(1) Voir n° 85.

Ce sont :

1^o — 130. *Les enfants du premier lit.*

2^o — 131. *Les enfants du second lit.* Il est impossible d'admettre l'opinion d'un auteur (1) d'après lequel, pour calculer la part d'enfant, il faut tenir compte seulement des enfants du premier lit. Nous avons vu que la quotité disponible est égale à la part que les enfants reçoivent en tant qu'héritiers; or, pour calculer cette part d'héritier, il faut évidemment tenir compte de tous les enfants qui viennent à la succession.

L'opinion de Proudhon tendrait à établir deux masses et deux réserves : l'une pour les enfants du premier lit basée sur l'art. 1098, l'autre pour les enfants du second lit basée sur l'art. 1094. Or, le disponible de l'art. 1098 étant plus restreint que celui de 1094, il en résulterait que les enfants du premier lit auraient dans la succession de leur auteur une part plus forte que ceux du second lit, ce qui est absolument illégal, en présence de l'art. 745 qui proclame le principe fondamental de l'égalité dans le partage des biens héréditaires entre tous les enfants (2).

III. — 132. *Les enfants légitimés* par le premier ou par le second mariage.

IV. — 133. *Les descendants de ces enfants*, mais ils ne sont comptés, quelque soit leur nombre, que pour l'enfant dont ils sont issus (3). Ainsi, par exemple, il

(1) Proudhon. *De l'Usufruit* t. n^o 347, 2^e édition.

(2) En ce sens AUBRY et RAU., t. 7, § 690, p. 280. DEMOLOMBE, t. 23 n^o 584. RODIÈRE et PONT. *Contrat de mariage*, t. 2, p. 453. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n^o 4099. MARCADÉ, sur 1098 n^o 2. Bordeaux, 16 août 1853, D., 54. 2. 22. S., 55. 2. 753.

(3) DEMOLOMBE t. 23, n^o 585 et 19 n^o 77. AUBRY et RAU t. 7, § 690, p. 280. LAURENT t. 15, n^o 393.

n'existe au moment du partage que quatre petits enfants issus d'un enfant du premier lit, indigne : la part n'est pas d'un cinquième, c'est-à-dire de la part de l'enfant le moins prenant, mais de la moitié, ou plutôt d'un quart puisque la quotité disponible ne peut dépasser cette partie de la succession. Le mot enfant a, en effet, le même sens ici que dans l'art. 913 qui détermine aussi une réserve et une quotité disponible. Or l'article 914 dit que sous ce terme « enfant » sont compris les descendants en quelque degré que ce soit ; mais que ces descendants ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession : cette expression signifie dans ce cas spécial : pour l'enfant dont ils sont issus.

V. — 134. *Les enfants adoptifs et les enfants naturels*, mais ces enfants ne comptent que s'ils acceptent la succession et seulement pour la part légale qu'ils sont appelés à y prendre. Dans ce cas, on enlève d'abord de la masse des biens la portion à laquelle ces enfants ont droit, puis, on calcule, sur le reste, la part définitive des enfants légitimes et du conjoint survivant.

135. On discute beaucoup la question de savoir si les enfants renonçants doivent être comptés pour le calcul de la réserve fixée par l'art. 913 : la réponse est indiscutable quant à l'art. 1098 : nous devons rechercher la part à laquelle a droit tel enfant dans telle succession, or les successibles qui ne viennent pas à cette succession ni à son partage ne sauraient évidemment pas être compris dans ce calcul (1).

(1) Voir n° 86.

VI°. — 136. *L'époux donataire*, du moins, comme nous le verrons plus loin, quand la libéralité qui lui est faite n'est pas déterminée : alors pour fixer le montant même de la libéralité, on l'assimile à un enfant légitime, on lui attribue une part virile (voir n° 144).

§ 2. — MASSE DE BIENS SUR LAQUELLE DOIT ÊTRE CALCULÉE
LA PART D'ENFANT.

137. On ne peut établir, a priori et d'une façon générale, la masse des biens de la succession sur laquelle il faut calculer la part d'enfant; la recherche de la quotité disponible de l'article 913 est plus facile : en cette matière, un article du Code (art. 922) ordonne de faire le calcul sur une masse faite de tous les biens existants dans la succession du de cujus, auxquels on réunit fictivement ceux dont il a disposés entre vifs.

Cet article 922 s'applique-t-il aussi, dans tous les cas, pour le calcul de la quotité disponible de l'article 1098? pour résoudre cette question il est nécessaire de faire plusieurs distinctions.

Examinons d'abord l'hypothèse où des libéralités ont été faites à d'autres qu'à l'époux : à un enfant sans préciput, à un enfant par préciput, ou à un étranger, nous étudierons ensuite le cas où seul, le nouvel époux a été gratifié par son conjoint.

I. — UNE LIBÉRALITÉ A ÉTÉ FAITE, SANS PRÉCIPUT, A L'UN DES ENFANTS
ET AU NOUVEL ÉPOUX.

138. Exposons cette situation dans un exemple : Pierre a cinq enfants d'un premier mariage, il a donné

sans préciput à l'un d'eux 20.000 fr. Il décède après avoir légué à sa seconde femme tout ce dont il pouvait disposer à son profit. Sa succession s'élève à 100.000 fr. de biens existants.

Nous savons que la quotité disponible à l'égard du nouvel époux est égale à la portion que l'enfant qui prend le moins a le *droit* d'obtenir dans la succession de son auteur. Cette part est ici du $\frac{1}{6}$ ^e de 120.000 francs, soit 20.000 fr. (Car les 20.000 fr. donnés à l'un des enfants doivent être rapportés, art. 843) : dans cette hypothèse nous déterminons en même temps le montant de la libéralité et de la quotité disponible.

Mais les enfants ne pourraient-ils pas contester le droit accordé à l'époux de calculer sa quotité sur 120.000 fr., sous le prétexte que sans aucun droit, il fait ainsi rapporter les 20.000 fr. donnés à l'un des enfants ?

Il est certain que les enfants ont seuls le droit d'exiger le rapport réel, car ce rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier, et non pas aux légataires (art. 857). Mais la femme ne demande nullement le rapport réel, elle ne demande pas que les 20.000 fr. donnés fassent partie de la masse à partager, qu'on lui en attribue une portion quelconque ; elle fait simplement ce raisonnement : « La loi fixe le maximum de mes droits à une quotité théorique : à celle à laquelle j'aurais eu droit si j'avais été enfant et héritier (voir n° 125), dans cette hypothèse j'aurais eu droit à 20.000 fr. ; en prétendant que le montant de mes droits s'élève à cette somme, je ne viole pas la loi, bien au contraire, je la respecte entièrement ». En supposant que l'on puisse appeler « rapport » l'acte par lequel le nouvel

époux calcule le montant de ses droits sur une masse faite des biens existants au décès augmentée, fictivement, de la valeur des biens donnés aux enfants sans préciput : ce rapport est complètement fictif, il ne ressemble en rien au rapport réel sur lequel statue l'art. 843 (1).

139. Mais le disposant pourrait évidemment exiger que la libéralité faite au nouveau conjoint fût calculée seulement sur les biens existants dans la succession au moment du décès : le disposant est libre de restreindre, à son gré, le montant de sa libéralité (2).

140. La réunion ne doit avoir lieu que fictivement ; montrons par un exemple, l'importance de cette restriction : un époux remarié a quatre enfants ; il a donné à chacun d'eux une somme de 10.000 francs sans préciput, il décède, son actif est de 5.000 fr., il a légué à son conjoint tout ce dont il pouvait disposer à son profit : ce dernier ne pourra exercer sa libéralité que sur les 5.000 fr. existant réellement dans la succession, quoique sa quotité disponible s'élève à $45.000 : 5 = 9.000$ fr. Car, si le nouvel époux exerçait son droit sur les biens donnés, ce ne serait qu'au moyen d'un rapport réel, ce que défend l'art. 857.

II. — UNE LIBÉRALITÉ A ÉTÉ FAITE A L'UN DES ENFANTS PAR PRÉCIPUT OU A UN ÉTRANGER ET AU NOUVEL ÉPOUX.

141. Si une libéralité a été faite à l'un des enfants par préciput, le nouveau conjoint ne peut en demander le rapport, même fictif, à la masse de la succession : il doit

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 594.
Paris, 9 juin 1836, S., 36. 2. 354.

(2) DEMOLOMBE, t. 23. n° 595.

calculer le montant de ses droits, sur la masse des biens sans tenir compte de la valeur des biens donnés (1).

En effet, comme nous l'avons déjà dit plusieurs fois, le nouveau conjoint peut seulement recueillir la portion que l'enfant qui prend le moins a le droit d'obtenir dans la succession de son auteur remarié, ou bien encore que lui, conjoint, aurait le droit d'obtenir en tant qu'enfant et héritier.

Or, si pour rechercher cette portion, on rapportait à la masse la libéralité faite à l'un des enfants par préciput, ou à un étranger, ce serait pour en attribuer fictivement une part à chaque enfant; que résulterait-il de ce calcul : l'augmentation fictive de la part de l'enfant le moins prenant; celle ci serait ainsi plus élevée que la part à laquelle ce dernier a réellement le droit de prétendre dans la succession, puisqu'elle serait fictivement augmentée de quelque portion de biens sur lesquels l'enfant n'a aucun droit.

Un exemple nous montrera facilement que les règles de l'art. 922 ne sont pas toujours applicables en cette matière :

Paul a 5 enfants. Il donne à l'un d'eux 5.000 fr. par préciput. Il se remarie et fait à sa seconde femme une libéralité de 10.000 fr.

Il décède, son actif est de 45.000 fr.

La part réelle de l'enfant qui prend le moins est de $45.000 : 5 = 9.000$ fr.

Or, si nous faisons rapporter la libéralité faite à l'étranger (nous verrons aux n^{os} 143 et suivants que cela

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n^o 593.

n'est pas possible pour la donation faite au nouvel époux), on arriverait à ce résultat : la part de l'enfant le moins prenant serait de : $45.000 + 5.000 = 50.000 : 5 = 10.000$ fr., ce qui est contraire à la réalité.

142. Des auteurs font remarquer que si la libéralité faite à l'étranger ou à l'enfant par préciput, dépassait la quotité disponible, le nouveau conjoint pourrait réunir fictivement l'excédant à la masse, pour calculer sa part (2).

Que cela soit juridiquement possible, il est difficile de le nier : mais qu'importe au conjoint de pouvoir user d'un droit qui ne saurait lui être d'aucune utilité, au moins quand sa propre libéralité est postérieure en date à celle dont il s'agit ?

En effet, nous verrons que la quotité disponible de l'art. 913 est ou égale ou supérieure à la quotité disponible de l'art. 1098, jamais inférieure. La quotité de l'art. 913 est au minimum d'un quart de la succession, celle de l'art. 1098 est au maximum de la même valeur. Donc, quand la quotité disponible de l'art. 913 est épuisée, par ce fait même, celle de l'art. 1098 l'est aussi. (On sait, d'autre part, que le nouvel époux ne peut tenir compte, pour son calcul, des libéralités faites à un étranger ou à un enfant par préciput, quand elles ne dépassent pas la quotité disponible.)

Ainsi, supposons que l'époux remarié a un enfant du premier lit, il donne à un étranger 60.000 fr., puis se remarie et donne à sa femme par contrat de mariage tout ce dont il pouvait disposer à son profit. Il décède laissant 100.000 fr., l'enfant du premier et trois du second.

(2) AUBRY et RAU, t. 6, § 690, note 34 et § 685 texte et note 3.

La quotité disponible de l'art. 913 est de $100.000 + 60.000 = 160.000 : 4 = 40.000$ fr. La libéralité faite à l'étranger dépasse de 20.000 fr. la quotité disponible de l'art. 913; mais le conjoint n'a aucun intérêt à réunir fictivement ces 20.000 fr. à la masse des biens existants lors du décès, parce que, à son égard, la quotité disponible est en tous cas complètement épuisée.

143. Nous savons maintenant dans quels cas les libéralités faites à d'autres qu'au conjoint doivent être réunies fictivement à la masse des biens, pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 1098. Recherchons si la libéralité faite au conjoint doit être elle-même rapportée fictivement pour le calcul de cette quotité.

III. — UNE LIBÉRALITÉ A ÉTÉ FAITE SEULEMENT
AU NOUVEAU CONJOINT.

144. Voyons d'abord ce que l'on décide généralement (et en particulier Demolombe) (1).

La libéralité faite au nouvel époux *doit être rapportée fictivement* à la masse des biens, en vertu de l'art. 922. Puis on doit diviser la masse ainsi formée par le nombre d'enfants, augmenté d'une unité représentant l'époux.

Par exemple : Paul, veuf avec cinq enfants, se remarie. Il donne 20.000 francs à sa nouvelle épouse et décède laissant ses cinq enfants et 100.000 fr. d'actif.

La quotité disponible est de $100.000 + 20.000 = 120.000 : 6 = 20.000$ francs.

145. Nous osons croire que ce mode de calcul est peut-

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 598. LAURENT, t. 15, n° 401. AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 281, texte et note, 34.

être le résultat d'une confusion. Et pour le démontrer, nous examinerons d'abord le cas où la quotité disponible de l'art. 1098 est égale à une part d'enfant, puis, celui où cette part ne pouvant plus être prise comme mesure de la quotité disponible, celle-ci est égale au quart des biens.

1° La quotité disponible est égale à une part d'enfant.

146. Dans ce cas, nous croyons que la libéralité faite au nouveau conjoint *ne doit pas être rapportée fictivement* à la masse, pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 1098, et par conséquent que pour calculer cette quotité on ne doit pas considérer le conjoint comme un enfant de plus.

147. S'il faut, en effet, quelquefois considérer le conjoint comme un enfant de plus, ce n'est pas spécialement pour fixer le montant de la quotité disponible, mais pour déterminer le montant même de la libéralité, et cela ne peut avoir lieu que lorsque la disposition faite au nouveau conjoint est *indéterminée*, quand elle consiste, par exemple, en « une part d'enfant », ou en un legs universel, ou « en tout ce dont le disposant a pu gratifier son nouvel époux ».

Dans ces hypothèses, pour déterminer le chiffre de la libéralité, on assimile le conjoint à un enfant légitime de plus, et cela se comprend facilement; par la nature même de ces dispositions, ce nouvel époux est considéré comme un enfant. D'ailleurs, il serait impossible de déterminer autrement le montant de la libéralité.

Ainsi, par exemple : Pierre décède laissant 3 enfants d'un premier lit, sa nouvelle épouse donataire de « tout ce dont il pouvait disposer à son égard » et un actif de

120.000 fr.; il est absolument indispensable que nous assimilions la nouvelle épouse à un enfant pour déterminer le montant même de sa libéralité, qui est dans cet exemple de $120.000 : 4 = 30.000$ fr.; et dans ce cas, il est inutile de rechercher le montant de la quotité disponible, elle est fixée par le fait même du précédent calcul.

148. Mais la libéralité *déterminée* ne doit pas être rapportée fictivement à la succession pour le calcul de la quotité disponible.

Sur quoi s'appuie-t-on pour opérer ce rapport fictif ?

Sur ceci : c'est que « c'est sur tous les biens, c'est-à-dire sur la *masse totale des biens existants et des biens donnés*, que l'on calcule eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité (dont le donateur ou le testateur) a pu disposer » (1).

Autrement dit, l'art. 922 s'applique pour le calcul de la quotité de l'art. 1098.

Or, l'art. 922 veut que *toutes* les libéralités entre vifs émanées du défunt entrent dans la composition de la masse servant à déterminer le montant de la quotité disponible, et par conséquent dans les cas où cet article est applicable, non seulement les biens donnés qu'il s'agit de réduire sont sujets au rapport fictif, mais tous les biens donnés par le de cujus ; l'esprit même de cet art. 922 est de reconstituer le patrimoine du défunt tel qu'il aurait été au jour de sa mort, si ce dernier n'avait fait aucune libéralité entre vifs.

Par conséquent soit d'après les termes, soit d'après l'esprit de l'art. 922, il ne faut pas faire de *distinction*

(1) DEMOLOMBE, t. 23, page 689 2°.

entre les biens donnés à l'époux et les biens donnés à un étranger, car si on ne rapportait pas fictivement les biens donnés à l'étranger ce ne serait pas « sur tous les biens que cette quotité serait calculée, mais seulement sur une partie de ces biens » (1).

En d'autres termes : si l'on dit que « L'art. 922 veut que pour calculer le disponible, on réunisse tous les biens donnés aux biens existants dans la masse. Si l'on ne comprenait pas ces biens dans la masse, l'époux donataire aurait moins que ce que la loi permet de lui donner ; il a droit à une part d'enfant, et la part d'enfant se calcule sur tout le patrimoine reconstitué comme le veut l'article 922 » (1).

Il faut donc appliquer pleinement l'art. 922 et faire rapporter, au moins fictivement, **tous** les biens donnés !

Comment échapper à cette déduction ? C'est cependant ce que l'on fait dans l'opinion contraire.

Et en effet, supposons qu'une donation ait été faite à un étranger ou à un des enfants avec dispense de rapport ; en obéissant au raisonnement que nous venons d'établir, il faudra décider que l'on doit la rapporter fictivement pour le calcul de la quotité de l'art. 1098 : Or cela n'est pas admis en général et par Demolombe en particulier. (2)

Que peut-on conclure de ceci : c'est que le raisonnement croule par sa base même, c'est que le principe posé ne domine pas notre matière, que l'art. 922 ne s'applique pas à l'art. 1098.

Et cela se comprend facilement ; car si cet art. 922

(1) PANDECTES FRANÇ. Donat. entre vifs. t. 2. N° 12464.

(2) DEMOLOMBE, t. 23, N°s 593 et 596.

déclare qu'il faut rapporter fictivement à la succession tous les biens donnés, c'est qu'il se réfère surtout à l'art. 913 qui établit aussi une quotité disponible, mais d'une tout autre façon que l'art. 1098. L'art. 913 décide que les libéralités en faveur d'un étranger ne pourront dépasser une certaine quotité des biens du disposant; il est évident que pour connaître tous ces biens, il est nécessaire, indispensable de réunir à ceux existants dans sa succession lors de son décès, ceux dont il a disposé à titre gratuit.

Ce n'est pas ainsi qu'est fixée la quotité disponible de l'art. 1098 al. 1; cet art. dit que cette quotité est égale à la part que l'enfant le moins prenant a le droit d'obtenir dans la succession. Or, en appliquant l'art. 922 nous ne parvenons pas à connaître exactement cette part; car, enfin, supposons que Jacques ayant 5 enfants d'un premier lit se remarie; il donne à sa nouvelle femme 4.000 fr.; décède laissant ses 5 enfants et 500.000 fr. de biens.

En suivant l'opinion générale la part d'enfant est de $500.000 + 4.000 = 504.000 : 6 = 84.000$ fr.; mais cela n'est pas exact, la part de l'enfant qui prend le moins n'est pas égale à 84.000 fr., mais à $500.000 : 5 = 100.000$ fr., cela est indiscutable.

Supposons encore que Jacques ayant 4 enfants d'un premier lit a donné 10.000 fr. à sa nouvelle femme, et 10.000 fr. à un étranger; il meurt, laissant 130.000 fr. Pourrait-on dire que la part de l'enfant qui prend le moins est de $130.000 + 10.000 + 10.000 = 150.000 : 5 = 30.000$ fr.? Non, cette part est de 130.000 fr. : 4 = 32.500 fr. En suivant l'opinion commune, on dirait que la libéralité faite à l'époux doit être rapportée, mais

non celle faite à l'étranger, la quotité disponible serait de $140.000 : 5 = 28.000$ fr. Cela est-il bien logique ?

Enfin, puisque d'après M. Demolombe même (1), il faut prendre pour base ce que l'enfant le moins prenant pourrait recueillir, en droit, doit-on, par conséquent s'occuper de biens dont (dans beaucoup de cas, du moins) cet enfant ne doit recueillir aucune parcelle, sur lesquels il n'a aucun droit ?

C'est par application de cette dernière idée que tous les auteurs décident que : si une libéralité a été faite à un étranger, à un enfant avec dispense de rapport, si elle ne dépasse pas la quotité disponible, la part du nouvel époux sera calculée sans tenir compte de cette libéralité. Si cette disposition dépasse la quotité disponible, l'enfant pouvant faire rapporter l'excédant, le droit du nouveau conjoint sera déterminé en tenant compte de cet excédant.

Nous croyons donc que pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 1098 al. 1, il ne faut pas appliquer l'art. 922, et que, par conséquent, il faut calculer la part d'enfant, abstraction faite des libéralités à des étrangers aux enfants avec dispense de rapport, en général, à l'époux, en particulier (avec cependant la restriction que nous avons vue au sujet des libéralités faites à ces étrangers ou aux enfants avec dispense de rapport, et dépassant la quotité disponible). Le nouveau conjoint ne devrait pas être considéré comme un enfant de plus.

149. En général, d'ailleurs, les deux modes de calcul arrivent au même résultat pratique. Ainsi dans notre

(1) DEMOLOMBE, t. 23, N° 582.

premier exemple (N° 144) d'après la théorie contraire, la part d'enfant est de $100.000 + 20.000 = 120.000$ fr. : $6 = 20.000$ fr., et d'après nous de $100.000 : 5 = 20.000$ francs.

Dans l'exemple donné à la page 158, en fait, le maximum de la portion de biens dont la femme pourra être gratifiée est dans les deux systèmes de 100.000 fr. : ceci est le résultat que nous avons déjà obtenu, il en serait de même selon l'opinion contraire ; car, en supposant qu'au lieu de 4.000 fr. la somme de 100.000 fr. ait été donnée à la femme, on dira $500.000 + 100.000 = 600.000$: $6 = 100.000$ francs.

Dans le troisième exemple (voir page 158 *in fine*) le maximum des libéralités faites à l'époux pourrait égaler 32.500 fr. Car, supposons que le montant de la libéralité faite au conjoint soit de ce chiffre, d'après la théorie contraire, on dira : $130.000 + 32.500 = 162.500$: $5 = 32.500$ fr.

150. Mais il pourrait se trouver des hypothèses où le résultat serait tout autre, suivant que l'on adopte le premier ou le second mode de calcul (Voir n° 203) ; et même si cela ne devait pas se produire, nous croyons que, théoriquement, un seul mode est légal.

Et nous espérons que tout au moins il est possible de comprendre que l'on peut ainsi fixer la quotité disponible de l'art. 1098, quoique un arrêt (1) ait décidé « qu'on ne comprendrait pas que la quotité disponible spéciale à l'époux fût fixée sans tenir compte fictivement de l'avantage qu'il a reçu. »

(1) Bourges, 28 décembre 1891, D., 93. 2. 170. S., 92. 2. 69.

151. Ceci s'applique facilement quand la libéralité faite à l'époux est, au maximum, égale à la quotité de l'art. 1098 al. 1 : *que faut-il décider si cette libéralité dépasse le disponible ?* Faut-il décider que dans tous les cas l'excédant doit être rapporté fictivement à la masse sur laquelle sera calculée la part d'enfant, comme cela a été fait pour l'excédant des libéralités faites à des étrangers ou à des enfants avec dispense de rapport ? On ne saurait répondre à cette question d'une manière uniforme. Nous l'examinerons en recherchant comment et entre quelles personnes doit être faite la répartition de cet excédant : nous verrons que, dans certains cas, il contribue à former la quotité de l'art. 1098, que dans d'autres, la « part d'enfant » est déterminée sans tenir compte de cet excédant (voir n^{os} 195 et suiv.).

La libéralité faite au nouvel époux n'est donc pas rapportable fictivement pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 1098, quand cette quotité disponible est égale à la part de l'enfant le moins prenant.

Mais, la quotité disponible de l'art. 1098 n'est pas toujours égale à une part d'enfant, cela n'est vrai que lorsque trois enfants au moins viennent à la succession de l'époux remarié : Quand il n'y a qu'un ou deux enfants, le maximum du disponible à l'égard du nouvel époux est du quart des biens. Etudions maintenant cette dernière hypothèse.

2^o *La quotité disponible de l'art. 1098
égale le quart des biens.*

152. Quand les donations faites au nouvel époux ne peuvent dépasser le quart des biens de la succession, devons-nous encore appliquer ce que nous avons dit plus haut concernant le calcul de la quotité disponible ?

153. On pourrait, ce nous semble, répondre à cette question de deux façons différentes :

1° On pourrait dire, pour l'affirmative : le législateur a voulu que dans aucun cas, le nouvel époux ne reçoive de son conjoint remarié des libéralités dont le montant soit supérieur à celui auquel il peut prétendre quand il y a trois enfants ; dans cette hypothèse, quand il n'y a pas eu de libéralités faites à d'autres personnes, la quotité disponible de l'art. 1098 est au maximum du *quart des biens* ; c'est ce que veut exprimer l'art. 1098 alinéa 2 : quand il n'y a qu'un enfant ou deux et que des libéralités ont été faites à l'époux et à des étrangers (ou à des enfants par préciput), il faut cependant établir la masse des biens sur laquelle doit être calculé le disponible de la même façon que lorsqu'il y a au moins trois enfants. On ne rapporte donc pas à la masse la libéralité faite à l'étranger ou à l'enfant avec dispense de rapport. On divise ensuite cette masse formée, suivant ce qui a été dit au n° 1°, par 3 ou 4 (par 4 si l'on adopte la théorie que nous avons essayé de combattre : c'est-à-dire la libéralité faite à l'époux étant rapportée à la masse des biens, masse qui doit être divisée par le nombre d'enfants plus un, et par 3 en adoptant ce que nous nous sommes efforcés de démontrer).

2° Pour nous, ce n'est pas ainsi qu'il faut interpréter l'art. 1098 alinéa 2.

La première partie de cet article ne fixe pas la quotité disponible de la même manière que la seconde partie : dans sa première partie l'art. 1098 dit que cette quotité égale une part d'enfant le moins prenant, dans la seconde il décide (en employant la formule de l'art. 913) que les donations ne pourront excéder le quart des biens : si

nous devons, d'une part, rechercher, d'après des règles spéciales, quelle est la part de l'enfant légitime le moins prenant, nous devons, d'autre part, tâcher de trouver le quart des biens d'après le mode de calcul employé en pareille matière dans l'art. 913 : autrement dit, l'art. 922 est applicable dans cette dernière hypothèse.

En effet, il est impossible de ne pas remarquer l'immense différence qui existe entre ces deux expressions « une part d'enfant » et « le quart des biens ». D'un côté pour connaître le disponible, il faut rechercher la part d'enfant, de l'autre examiner quel est le quart des biens. On ne peut arriver à ces deux résultats par les mêmes calculs. Pour calculer la part d'enfant dont parle la première partie, il faut faire abstraction des libéralités faites aux étrangers, à l'époux et aux enfants avec dispense de rapport. Quand il s'agit du quart des biens, quand un article du Code dit que les libéralités en faveur d'une personne ne pourront dépasser une certaine quotité des biens du disposant, il s'agit de tous les biens de ce disposant; or, pour connaître le montant de tous ces biens il faut évidemment réunir à ceux existants au moment du décès, ceux qui ont été donnés (même au nouvel époux).

Ces expressions « la moitié, le tiers, le quart des biens » dont parle l'art. 913 ont toujours été considérées comme signifiant : la moitié, le tiers, le quart du patrimoine du disposant tel qu'il se serait trouvé au jour de son décès en l'absence de toute disposition à titre gratuit, pourquoi cette expression, littéralement reproduite par l'art. 1098, n'aurait-elle pas le même sens? pourquoi la quotité établie par cette partie de l'art. 1098 ne serait-

elle pas calculée comme celle de l'art. 913, conformément à l'art. 922 ?

De plus, d'après la première théorie, il suffirait que l'époux remarié, ayant un enfant ou deux, ait disposé de quelque parcelle de son patrimoine, si petite soit-elle, en faveur d'un étranger, ou d'un enfant avec dispense de rapport, pour que le second époux ne puisse plus recevoir le quart des biens.

En effet, d'après cette théorie, s'il y a un ou deux enfants, on doit calculer comme s'il y en avait trois ; or, comme la donation faite à l'étranger ou à un enfant avec dispense de rapport ne compte pas pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 1098, par conséquent, cette quotité calculée sur une telle masse ne sera jamais du quart de tous les biens, soit qu'on la divise par quatre en y rapportant la libéralité faite à l'époux, soit par trois en faisant abstraction de cette dernière libéralité ! Ne doit-on pas reculer devant une telle conséquence ?

Nous croyons donc que, si pour l'exécution de l'art. 1098, alinéa 1, il est nécessaire de suivre certaines règles étudiées précédemment, et en particulier de ne pas employer l'art. 922, il faut au contraire appliquer ce dernier article quand il s'agit de l'art. 1098 in fine. (1)

(1) Nous ferons remarquer, que DEMOLOMBE applique aussi l'art. 922 au moins implicitement, quand il s'agit de l'art. 1098. in fine, en effet, voici comment il calcule dans cette hypothèse (t. 19, n° 214, page 282) : Un homme ayant un enfant d'un premier mariage se remarie, et donne, par contrat de mariage à sa seconde femme 50.000 fr. Il donne ensuite à un étranger 25.000 fr. Puis il meurt laissant dans sa succession 25.000 fr.

Sur quoi DEMOLOMBE calcule-t-il la quotité disponible de l'art. 1098 ? Sur une masse de biens calculée conformément à l'art. 922. En effet cette masse est de $25.000 + 25.000 + 50.000 = 100.000$ fr. Et l'auteur que nous citons dit : le disposant pouvait donc donner à sa seconde femme *le quart* de 100.000 fr. soit 25.000 fr. et à un étranger la moitié de 100.000 fr. soit 25.000 fr.

154. Ceci se comprend facilement; la situation du nouvel époux ne doit pas être la même, suivant qu'il se trouve sous l'application de l'art. 1098 al. 1 ou de l'art. 1098 in fine. — D'un côté, le législateur a décidé que ce nouvel époux ne pourra recevoir, de son conjoint remarié, des libéralités dont le montant soit supérieur à la part de l'enfant qui prend le moins. Mais il arrive un moment où, si le calcul du disponible était encore effectué de cette façon, le nouvel époux pourrait recevoir la moitié, le tiers de tous biens du disposant : cela n'est pas admissible ; qu'ordonne le législateur pour cette hypothèse ? Ne se préoccupant plus de la part d'enfant, qui ne peut plus réellement servir de base pour la recherche de la quotité disponible, il décide que cette quotité ne pourra excéder une certaine portion de la succession : le quart. La première base ayant été abandonnée, une autre a été prise; il ne s'agit plus de rechercher quelle est la part d'enfant, mais quel est le quart des biens; or, pour ceci, il est indispensable d'obéir à l'art. 922, de faire rapporter à la masse des biens existants au décès du donateur ou du testateur, ceux dont il a disposé à titre gratuit.

Donc, selon les cas, pour calculer la quotité disponible de l'art 1098, la libéralité directe ou indirecte faite à l'époux est ou non rapportable fictivement.

155. Mais en est-il de même quand il s'agit de calculer la quotité disponible de l'art. 913 ?

Toutes les libéralités directes ou indirectes, faites au nouveau conjoint par son époux remarié, sont-elles toujours rapportables fictivement pour le calcul du disponible de l'art 913 ?

Il ne semble pas qu'une difficulté puisse naître sur la

réponse à faire à cette question, en présence de l'art. 922, d'après lequel on doit, pour le calcul de cette quotité, réunir aux biens existants au décès du donateur ou du testateur, ceux dont il a disposé par donations entre vifs. Généralement, en effet, cet article s'applique aux libéralités directes ou indirectes faites au nouvel époux. Mais le doute naît, quand il s'agit des avantages résultant des conventions matrimoniales. Ces avantages, avons-nous dit, (voir n° 113 et suiv.) sont considérés par la loi comme de véritables libéralités indirectes faites par l'époux remarié, mais seulement quand l'intérêt des enfants du premier lit est en jeu. Or, cet intérêt demande-t-il à ce que le montant de ces avantages soit réuni à la masse des biens existants lors du décès ? Faut-il faire rapporter fictivement ces avantages indirects pour le calcul du disponible de l'article 913 ?

Nous le croyons. (1) En effet, l'intérêt des enfants demande évidemment que ces libéralités soient imputées sur la quotité disponible : ne doit-on pas en conclure qu'elles doivent compter pour le calcul de cette quotité ? Car ne serait-il pas souverainement injuste qu'une libéralité fût imputée sur un disponible formé sans qu'on en ait tenu compte ? En même temps qu'injuste, cela serait complètement illogique ; la quotité disponible est la partie de biens dont une personne peut disposer à titre gratuit au préjudice de certains héritiers, elle est d'une certaine portion de la fortune de cette personne. Pour la connaître, on recherche quel est le total de cette fortune en réunissant à la masse des biens existants au décès,

(1) Rouen, 11 anv. 1892, D., 92. 2. 169.

ceux dont le de cujus a disposé entre vifs. Or, imputer l'avantage dont il s'agit sur le disponible, sans le rapporter fictivement à la masse, c'est dire : d'une part, l'époux remarié ne peut plus donner toute la partie de sa fortune dont la loi lui permet de disposer, à titre gratuit, parce qu'il a déjà gratifié son épouse d'une certaine quotité de cette partie; d'autre part, le montant de l'avantage fait au nouvel époux n'a jamais fait partie de la fortune du de cujus.

Mais, pourrait-on dire, l'étranger ne doit pas rechercher quel effet le régime matrimonial a produit sur les biens des conjoints; il ne peut profiter de l'art. 1496 qui n'est fait que pour les rapports des enfants d'un premier lit avec le second époux de leur père ou mère.

Remarquons d'abord que cette dernière phrase ne doit pas être entendue littéralement. Car il est certain que l'art. 1496 s'applique quelquefois indirectement à des étrangers: Il en est ainsi quant à l'imputation sur la quotité disponible des avantages retirés par le nouveau conjoint des conventions matrimoniales. C'est seulement parce que cet art. 1496 existe que les étrangers ne peuvent pas, quand il y a lieu à son application, être gratifiés de tout le disponible (du moins quand les libéralités qui leur ont été faites sont postérieures à la libéralité indirecte faite à l'époux).

Puis, en faisant rapporter à la masse des biens la libéralité faite au conjoint, on ne fait pas, dans tous les cas, profiter l'étranger de l'art. 1496; montrons par un exemple la portée de cette idée: l'avantage résultant des conventions matrimoniales est de 30.000 fr., l'époux remarié a donné 30.000 fr. à un étranger, il décède

laissant quatre enfants du premier lit, et 52.000 fr. d'actif.

La quotité disponible de l'art. 913 est de $52.000 + 30.000 + 30.000 = 112.000 : 4 = 28.000$ fr. La quotité disponible de l'art. 1098 est de $84.000 : 4 = 21.000$ fr., car la libéralité faite à l'étranger dépassant la quotité disponible de l'art. 913 qui est la plus élevée, la part de l'enfant le moins prenant est certainement réduite à sa part dans la réserve, qui est le minimum de la quotité disponible de l'art. 1098. (Voir N° 203 et suivants). L'étranger a donc droit à $28.000 - 21.000 = 7.000$ fr. Or, si l'art. 1496 n'existait pas, ou du moins n'était pas appliqué, l'avantage résultant des conventions matrimoniales n'aurait pas été considéré comme une libéralité, la quotité disponible de l'art. 913 eût été de $52.000 + 30.000 = 82.000 : 4 = 20.500$ fr. ; sa libéralité n'eût été réduite que de $30.000 - 20.500 = 9.500$ fr., il aurait eu droit à 20.500 fr. tandis qu'il ne peut recueillir que 7.000 fr.

En outre, prétendre que l'art. 1496 n'est fait que pour les rapports des enfants d'un premier lit avec le second époux de leur père ou mère, c'est exprimer, sous une autre forme, la théorie d'après laquelle l'avantage indirect n'est qu'un bénéfice acquis à titre onéreux par l'un des époux, mais soumis à l'une des règles seulement des libéralités à la réduction. Nous avons déjà réfuté cette théorie (voir nos 113 et suivants).

Nous terminerons en remarquant qu'il importe aux enfants du premier lit qu'on fasse rapporter cette libéralité, car il ne s'agit pas seulement ici du calcul de la quotité disponible, mais aussi du calcul de leur réserve. Or, à ce point de vue, il est encore nécessaire que tous

les biens dont leur auteur a disposé à titre gratuit pendant sa vie, soient réunis à la masse des biens existants au décès.

§ 3. — MONTANT DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE A L'ÉGARD DES CONJOINTS SUCCESSIFS D'UNE PERSONNE AYANT DES ENFANTS DE LITS PRÉCÉDENTS.

156. — Une personne ayant des enfants issus d'une première union dissoute par la mort ou le divorce, contracte successivement plusieurs mariages. Elle ne peut disposer à l'égard de tous ses nouveaux époux réunis que d'une part d'enfant le moins prenant, et, dans aucun cas, ces dispositions ne peuvent excéder le quart de la succession. (1)

C'était la solution soutenue dans notre ancien droit, par application de l'Édit des secondes noces ; Pothier l'expose d'une manière très explicite (2) ; elle doit être encore admise aujourd'hui.

En effet, considérons d'abord les termes de l'art. 1098 il suppose que l'homme ou la femme, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage : le texte pouvait-il dire plus clairement qu'il statuait en vue d'un ou plusieurs mariages ? puis il décide que la part du donataire ou des donataires ne pourra excéder une part d'enfant : est-ce dire qu'il y aura autant de parts que d'époux donataires ?

(1) En ce sens : AUBRY et RAU, t. 7, § 690, note 46. DEMOLOMBE, t. 23, n° 572. LAURENT, t. 12., n° 387. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n° 4095.

(2) POTHIER. *Contrat de mariage*. Édition Bugnet, t. 6, page 246. (Voir Introduction.)

157. Cette dernière opinion a été cependant admise par certains auteurs (1) : L'art. 1098 disent-ils, ne doit pas être interprété comme l'Édit des secondes nocces, parce que les termes de ces deux textes sont différents : l'Édit défendait aux veuves de donner plus qu'une part d'enfant « à leurs nouveaux maris » c'est-à-dire à tous les nouveaux maris ensemble, tandis que l'art. 1098 défend au conjoint remarié de donner plus qu'une part d'enfant à son *nouvel* époux, au singulier et individuellement ! On obéit donc à cet article quand les libéralités faites à chacun des nouveaux conjoints ne dépassent pour aucun d'eux la part de l'enfant le moins prenant ; peu importe le total des libéralités.

Les termes de l'Édit et de l'art. 1098 ne sont pas les mêmes, il est vrai, mais si l'art. 1098 ne dit pas « à ses nouveaux époux » il ne dit pas non plus « à chacun de ses nouveaux époux ». Or, Pothier considérait que, seule, cette formule aurait pu rendre chaque nouvel époux capable de recevoir une part d'enfant : et, si le législateur avait voulu changer la théorie traditionnelle, il aurait certainement suivi les indications de ce jurisconsulte, son guide habituel.

Pour le législateur du Code Civil, « nouvel époux » était un terme générique et collectif, comprenant tous les nouveaux époux. Et si l'on n'admettait pas que « nouvel époux » soit un terme générique, il faudrait avouer que la rédaction de l'article est incomplète, parce que dans les termes « ne pourra donner à son nouvel époux » il n'y a rien qui corresponde aux termes : « qui contracte un second

(1) DURANTON, t. 5, n° 804, 3^e édition. TAULIER, t. IV, p. 246.

ou *subséquent* mariage » ; et ce n'est pas d'une rédaction incorrecte et incomplète qu'on peut induire que le législateur n'a plus voulu que tous les nouveaux époux ne puissent recevoir ensemble qu'une part d'enfant.

Il y aurait eu vraiment contradiction de la part du législateur d'augmenter la quotité disponible avec le nombre des mariages : car, en présence d'un second mariage, il fixe le disponible à une certaine quotité parce qu'il juge, qu'en pareil cas, la protection dont il entoure les enfants d'un premier lit, exige cette mesure : cette protection doit-elle diminuer proportionnellement au nombre des subséquents mariages ?

On pourrait avec cette théorie arriver à un résultat impossible : supposons qu'une personne ayant un enfant se remarie plusieurs fois : si elle peut donner un quart de ses biens à chaque nouveau conjoint, individuellement, elle pourra en cas de quatrième ou cinquième mariage, donner quatre quarts ou cinq quarts !

158. On ne pourrait pas non plus s'appuyer sur les derniers mots de l'article « sans que ces donations puissent excéder le quart des biens » pour affirmer que le législateur a voulu par là exprimer cette idée que « chaque époux peut recevoir une part d'enfant, mais que ces donations ne peuvent pas excéder le quart des biens » (1).

Pour réfuter cette théorie, citons ce que disait un des rédacteurs du Code Civil en présentant l'art. 1098 au Corps législatif : « on a *maintenu* cette sage disposition que l'on doit encore moins attribuer à la défaveur des seconds mariages qu'à l'obligation où sont les père ou

(1) CÔLMET DE SANTERRE, t. 4, n° 27bis XI. BUGNET, sur Pothier, t. VI, p. 248.

mère qui ont des enfants de ne pas manquer, à leur égard, lorsqu'ils forment de nouveaux liens, aux devoirs de la paternité. Il a été réglé que dans ce cas les *donations* au profit du nouvel époux ne pourront excéder une part d'enfant légitime, et que dans aucun cas, *ces donations* ne pourront excéder le quart des biens. » (1).

La lecture de ce passage de l'exposé des motifs amène fatalement la conclusion suivante : en parlant de « ces donations » le législateur a voulu désigner les donations dont il s'agit : c'est-à-dire celles qui sont faites par l'homme ou la femme, ayant des enfants d'un premier lit, qui contracte un second ou subséquent mariage. Il est tout naturel que, traitant de ce genre de donations, voulant les limiter, *toutes ensemble*, à une part d'enfant, et ne voulant pas, d'autre part, que toutes ensemble elles excèdent une certaine quotité de la succession, le législateur ait dit : « les donations au profit du nouvel époux ne pourront excéder une part d'enfant légitime » et « dans aucun cas ces donations ne pourront excéder le quart des biens. »

§ 4. — CARACTÈRE DE LA DISPOSITION « D'UNE PART D'ENFANT. »

159. Quel est le caractère de la disposition par laquelle l'époux remarié dispose, en termes généraux, au profit de son nouveau conjoint : « *d'une part d'enfant* » ?

(1) BIGOT de PRÉAMENEU, au corps législatif. Séance du 2 floréal an XI. FENET, t. XII, n° 573.

Il faut distinguer si cette libéralité a été faite par testament ou par donation entre vifs.

Si c'est par testament, elle constitue *un legs à titre universel* ; elle porte en effet sur une certaine quotité des biens que l'époux laissera à son décès.

Si c'est par donation entre vifs elle constitue une *donations de biens à venir à titre universel* (1), elle a, en effet, pour objet une part de la succession de l'époux donateur.

160. Quelques conséquences naissent de ce que la disposition dont il s'agit est soit un legs à titre universel, soit une donation de biens à venir à titre universel, entre époux.

I. — Dans les deux cas elle est caduque par le décès du nouvel époux avant son conjoint (art. 1039 et 1093), même s'il existait des enfants nés de l'union entre le donateur et le donataire ; (on ne doit pas tenir compte des enfants des autres lits qui sont des étrangers quant au nouvel époux). Que la caducité se produise quand la disposition a été faite par legs, cela ne souffre aucune difficulté : le droit résultant d'un legs ne peut s'ouvrir que dans la personne même du légataire. Quand la libéralité a été faite par donation de biens à venir, la caducité de la donation a lieu en vertu de l'art. 1093. Cet art. décide que les donations de biens à venir, faites entre époux, ne sont pas transmissibles aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur (1).

(1) AUBRY et RAU, t. 7, § 690, p. 287. DEMOLOMBE, t. 23, n^{os} 579. et 580, COLMET DE SANTERRE, t. 4, n^o 278 bis IV. LAURENT, t. 12, n^o 390.

II. — L'époux remarié pendant la vie du disposant n'est pas saisi des biens faisant l'objet de la libéralité ; le montant de son droit ne sera fixé qu'à la mort de ce disposant ; avant cette époque, il ne pourra donc pas aliéner ou grever de droits réels les biens compris dans la libéralité.

III. — Le disposant conserve le droit de révoquer la libéralité, expressément ou tacitement : cela n'est pas discutable si elle a été faite par testament ou par donation pendant le mariage. Mais si elle a été faite par contrat de mariage, elle ne peut certainement pas être révoquée expressément. Nous verrons cependant que des libéralités postérieures faites par l'époux remarié, à des étrangers ou à des enfants par préciput, peuvent avoir pour résultat de soumettre à l'action en réduction une disposition antérieure en faveur du nouveau conjoint. (Voir n° 199.)

IV. — Si le donataire survit au donateur, il a le droit de figurer au partage, concurremment avec les enfants. Il doit supporter les dettes du disposant, proportionnellement au montant de sa libéralité. Il peut, pour se décharger des dettes, renoncer au legs ou à la donation.

161. Voyons quels sont les *droits* de l'époux qui a reçu une « part d'enfant ».

Ces droits doivent être fixés lors du décès du disposant, et, comme nous l'avons déjà fait remarquer, pour calculer le montant de cette part, on considérera le conjoint comme un enfant de plus.

Constatons, d'abord, que la libéralité à titre universel dont il s'agit est susceptible d'augmentation ou de diminution : elle augmentera si, par exemple, un ou plusieurs enfants du premier lit viennent à décéder ; elle dimi-

nuera avec la naissance d'enfants du deuxième lit (e aussi par suite de libéralités faites par le conjoint remarié à d'autres personnes, voir n° 199).

162. Mais quels seront les droits du donataire, si tous les enfants du premier mariage sont morts avant leur auteur remarié ? La disposition, inspirée par l'article 1098, semble déterminer le montant de la libéralité à la part recueillie par l'enfant du premier lit le moins prenant ; si tous les enfants sont disparus, quel sera le montant de la part d'enfant ?

163. On peut établir une distinction entre le cas où tous les enfants des premiers lits ne venant pas à la succession, par suite de prédécès, indignité ou renonciation, il n'existe pas d'enfants nés du mariage entre le donateur et le donataire, et le cas où il existe des enfants nés de cette union.

Dans la première hypothèse, nous ne trouvons plus d'enfants prenant une part quelconque dans la succession : il semble donc difficile de fixer les droits du nouveau conjoint, à cause de la disparition de la base sur laquelle on devait s'appuyer pour déterminer ces droits. Cette difficulté ne se présente pas si le donateur a exprimé sa volonté à cet égard, s'il a dit, par exemple : « Je donne une part d'enfant réglée sur le nombre des enfants actuellement existants » ; ou : « La part d'enfant que je donne actuellement sera de la totalité, si aucun enfant ne vient à la succession » ; « dans le cas où l'article 1098 ne serait plus applicable lors de mon décès, je donne tout mon disponible à cette époque. »

Mais si la libéralité d'une part d'enfant a été faite sans aucune autre détermination, les droits du nouvel époux

sont plus difficiles à fixer : il s'agit d'interpréter la volonté du disposant ; or, il semble bien qu'il n'a pas voulu disposer de toute sa succession, mais de la partie la plus considérable dont la loi lui permettait de disposer à titre gratuit, à l'époque où il faisait sa libéralité. Or, cette part était, au maximum, du quart de ses biens. Le disposant, n'ayant pas prévu le cas que nous étudions, d'après ses prévisions, le maximum de sa libéralité s'élèverait au quart ; en effet, s'il avait voulu donner une portion plus élevée, il serait extraordinaire qu'il ne se fût pas exprimé à ce sujet.

L'époux remarié a donc voulu que sa libéralité n'excède pas le quart des biens. Cette volonté doit être respectée, et, dans l'hypothèse où il n'y a pas d'enfants qui viennent à la succession du disposant, le nouvel époux peut recueillir le quart des biens (1).

164. Que décider dans le cas où aucun enfant des mariages précédents ne venant à la succession, on se trouve en présence d'enfants nés du mariage ayant existé entre le donataire et le donateur ?

Ce que nous venons de dire sur l'intention du disposant de limiter sa libéralité au quart de la succession, s'applique parfaitement à cette situation ; par conséquent, le nouvel époux ne pourra recueillir que le quart des biens, dans le cas où il se trouvera en concours avec un ou deux enfants issus du deuxième mariage (2). S'il a plus de deux enfants, la disposition de l'époux remarié s'effectuera sans difficulté.

(1) En ce sens : DEMOLOMBE, t. 23, n° 590. — AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 287. — MARCADÉ, son art. 1098, n° 111.

(2) En ce sens : DEMOLOMBE, t. 23, n° 591. — AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 287.

CHAPITRE CINQUIÈME

Rapports du disponible de l'article 1098 avec les disponibles des articles 913 et 1094

165. Le législateur a établi, dans les articles 913, 915, 1094, 1098, des quotités disponibles, dont la nature est la même, mais dont le montant diffère.

Le montant de la portion de biens, dont une personne peut disposer à titre gratuit varie suivant les hypothèses ; la quotité disponible est en effet des trois quarts, quand le disposant ne laisse que des ascendants dans une seule ligne, de moitié s'il a un enfant ou au moins un ascendant dans chacune des deux lignes, du tiers s'il a deux enfants, du quart en présence de trois enfants au moins ; cette dernière quotité est aussi le maximum de ce dont il peut, en général, disposer en propriété au profit de son épouse ; elle est à l'égard du nouvel époux d'une personne remariée ayant des enfants d'un précédent mariage d'une part d'enfant légitime le moins prenant.

166. Mais ce qu'il faut remarquer avec soin, c'est que si la quotité disponible varie selon le cas quant à son montant, elle est, en principe, toujours la même, quant à sa nature, c'est-à-dire qu'il n'y a pas plusieurs espèces de portions disponibles : il n'y a pas une certaine partie de

biens dont une personne puisse disposer spécialement au profit d'étrangers, une autre partie dont elle puisse disposer spécialement au profit de son épouse. Cette situation aurait existé si le législateur avait dit : « la quotité dont une personne peut disposer à l'égard des étrangers est telle : du quart de ses biens, par hypothèse ; elle pourra, de plus, donner à son époux une autre partie de ses biens : un autre quart » ; alors nous aurions eu des quotités disponibles différentes, indépendantes l'une de l'autre et pouvant se cumuler. Tel n'est pas le système du Code, quand il dit, par exemple, dans l'art. 913 : « lorsque le disposant laisse deux enfants, sa quotité disponible est du tiers de ses biens » ; quand il ajoute dans l'art. 1094 qu'un époux peut donner à son conjoint un quart en propriété, il veut exprimer cette idée que la quotité dont un époux peut disposer au profit de son conjoint n'est qu'une partie de la quotité disponible de l'art. 913.

En d'autres termes, la portion de biens dont une personne peut disposer à titre gratuit, en présence de certains héritiers, est fixée par les art. 913, 915, 1094, 1098. Nous l'appellerons la quotité disponible ordinaire. Le maximum de cette quotité est fixé par les articles 913 et 915, les art. 1094 et 1098 indiquent quelle est la part de cette quotité dont un époux peut disposer au profit de son conjoint.

167. Il n'y a donc en principe et quant à la nature de l'institution juridique qu'une seule et même quotité disponible ; cette unique quotité, variable quant à son montant suivant les circonstances, peut d'après l'art. 1098, être donnée en tout ou en partie par un époux remarié à son conjoint : en tout, quand par exemple, l'époux remarié a

trois enfants d'un premier lit, sa quotité disponible fixée par l'art. 913 est d'un quart, il peut la donner entièrement à son second conjoint ; en partie : l'époux remarié a, par exemple, quatre enfants d'un premier lit, son disponible d'après l'art. 913 est d'un quart, il ne peut cependant donner qu'un cinquième à son second conjoint.

168. La règle établissant une seule et même quotité disponible est-elle sans exception ?

Non, à côté de ce disponible ordinaire, il y en a un autre tout spécial formulé par l'art. 1094 : cet article décide, en effet, qu'il y a une certaine portion d'usufruit qui forme une quotité disponible toute spéciale dont peut disposer au profit de son conjoint un époux, qui n'a pas d'enfants d'un précédent lit : cette portion d'usufruit est indépendante de la quotité ordinaire, elle peut toujours se cumuler avec elle et se prendre sur ce qui forme la réserve en face de la quotité disponible ordinaire.

169. Mais, quant au disponible qui nous préoccupe spécialement, il est tout ou partie du disponible ordinaire ; par conséquent quand l'époux remarié dispose de la quotité établie par l'art. 1098, il dispose, par le fait même de tout ou partie du disponible ordinaire :

Supposons, par exemple, que le disponible de l'art. 913 soit d'un tiers ; et celui de l'art. 1098 d'un quart. Si la personne remariée a disposé d'un quart de ses biens au profit de son époux, il a épuisé d'autant le disponible de l'art. 913, il ne pourra plus donner à un étranger qu'un tiers moins un quart : car s'il donnait plus que cette portion, il donnerait deux fois une même partie de la quotité disponible.

170. De tout ce que nous venons de dire, on peut extraire les règles suivantes :

Les différents disponibles ne peuvent être cumulés (1) c'est à dire que les libéralités ne peuvent dépasser le disponible le plus élevé.

Chaque gratifié ne peut recevoir au delà du disponible qui lui est particulier.

171. Faisons l'application de ces règles à l'hypothèse où l'époux remarié ayant des enfants d'un premier lit a fait une libéralité au profit d'un étranger et une autre au profit de son épouse. Nous examinerons ensuite le cas où cet époux a disposé de toute la quotité disponible établie par l'article 1094 au profit d'un premier époux et de la quotité disponible établie par l'art. 1098 au profit de son second conjoint.

§ I. — CONCOURS DES DISPONIBLES DES ARTICLES 913 ET 1098.

172. — Remarquons, d'abord, que la portion de biens dont un homme ou une femme ayant des enfants d'un premier lit peut disposer au profit de son second époux est quelquefois égale, mais jamais supérieure à la quotité disponible fixée par l'article 913.

Par conséquent, aucune difficulté ne peut surgir sur la question de savoir si, seul, le nouvel époux peut bénéficier d'un excédant du disponible établi par l'article 1098 sur le disponible fixé par l'article 913.

(1) Nancy, 25 février 1891, Gaz. Trib., 3 avril 1891.

Cela se présente parfois, quand il s'agit de l'art. 1094, à cause du disponible spécial dont nous avons dit quelques mots.

173. Au moyen des deux règles posées plus haut, nous pourrons résoudre toutes les difficultés : dans aucun cas, l'époux remarié n'a pu faire de libéralités dont le montant dépasse la quotité disponible la plus élevée ; le nouvel époux ne peut recevoir que le disponible fixé par l'article 1098.

Par exemple : Si l'époux remarié a donné irrévocablement tout le disponible ordinaire à un étranger ou à un enfant, avec dispense de rapport : il ne pourra plus rien donner à son nouvel époux. — S'il a donné à cet époux le disponible de l'art. 1098, il ne pourra plus faire de libéralités au profit d'autres personnes que pour la différence existant entre ce disponible et le disponible de l'art. 913.

Tant que nos deux règles sont respectées, on ne saurait trouver d'hypothèses où l'une des donations soit sujette à réduction.

174. Mais la violation d'une seule d'entre elles, donnera certainement ouverture à l'action en réduction.

Il y aurait violation de la première règle, si un époux remarié, ayant 4 enfants d'un premier lit, avait donné 15.000 fr. à sa nouvelle épouse, 10.000 fr. à un étranger, puis était décédé laissant 55.000 fr. de biens extants.

La quotité disponible la plus élevée est de $55.000 + 15.000 + 10.000 = 80.000 : 4 = 20.000$ fr. Or, les deux libéralités égalent 25.000 : il y a donc lieu à l'action à réduction. D'après ce que nous verrons postérieurement (voir n° 200 et suivants) la part d'enfant est ici de 80.000—

$20.000 = 60.000 : 4 = 15.000$ fr. C'est donc la donation faite à l'étranger qui doit être réduite de 5.000 fr.

Il y aurait violation de la deuxième règle dans ce cas : Paul a 4 enfants du premier mariage, il a donné 25.000 fr. à sa nouvelle épouse, puis 5.000 fr., par préciput à l'un de ses enfants : il décède, laissant 90.000 fr. de biens existants.

Le disponible le plus élevé est de $90.000 + 25.000 + 5.000 = 120.000 : 4 = 30.000$ fr., les deux libéralités égalent 30.000 fr. Mais la part d'enfant n'est que de $90.000 : 4 = 22.500$ fr. La donation faite à l'épouse est donc sujette à réduction pour $25.000 - 22.500 = 2.500$ fr. Nous verrons postérieurement que la femme obtiendrait définitivement $2.500 : 5 = 500$; $22.500 + 500 = 23.000$ fr., chacun des enfants 23.000 fr., et l'enfant avantagé 5.000 fr. (voir n° 200 et suivants).

175. Le moment est venu d'examiner une hypothèse qui peut se présenter en cas de concours des disponibles des art. 913 et 1098, quand la libéralité faite à l'épouse est la première en date (et que la quotité disponible de l'art. 1098 est égale à une part d'enfant).

Supposons que : Jacques est père de 4 enfants, issus d'un précédent mariage, il se remarie et donne par contrat de mariage 10.000 fr. à sa nouvelle épouse. Il décède laissant 40.000 fr. de biens extants, un légataire à titre particulier de 2.000 fr., ses 4 enfants et son épouse.

La quotité de l'art. 913 est de $40.000 + 10.000 = 50.000 : 4 = 12.500$. La quotité de l'art. 1098 est de $38.000 : 4 = 9.500$ fr. (Voir n°s 148 et suiv.) La libéralité faite à l'épouse doit être réduite de $10.000 - 9.500 = 500$ fr. Nous verrons (voir n° 200 et suivants) que cet

excédant doit être partagé entre les enfants et la femme, $500 : 5 = 100$. Définitivement la femme aura 9.600 fr., et le légataire 2.000 fr.

Mais lorsque le légataire demandera la délivrance de son legs, la nouvelle épouse ne pourra-t-elle pas objecter qu'il porte ainsi atteinte à une donation irrévocable ? Son mari lui a donné 10.000 fr. par contrat de mariage, or, si le mari n'avait pas fait de legs, la part d'enfant eût été de $40.000 : 4 = 10.000$ fr., le mari a donc révoqué par son legs, une donation irrévocable, ce qu'il n'avait pas le droit de faire, par conséquent le légataire n'a aucun droit à prétendre dans la succession.

Le légataire répondra : l'époux remarié avait le droit de faire des libéralités dont le montant pouvait atteindre la quotité disponible de l'art. 913 : ce montant est de 12.500 fr., la libéralité faite à l'époux n'étant que de 10.000 fr., le de cujus avait encore le droit de disposer à titre gratuit de $12.500 - 10.000 = 2.500$ fr., il avait donc le droit de lui léguer 2.000 fr.

Tout d'abord, il semble impossible de trancher ce conflit entre le principe de l'irrévocabilité des donations et le principe de la liberté laissée à une personne de disposer à titre gratuit de ses biens dans les limites de sa quotité disponible.

A notre avis, il peut cependant être tranché à l'avantage du légataire.

En effet, il est certain que les différents disponibles ne peuvent être cumulés, mais il est non moins certain qu'en cas de concours des deux disponibles des art. 1098 et 913, les libéralités peuvent atteindre le plus élevé de ces disponibles.

Or, dans notre hypothèse, en faisant à son nouveau conjoint une donation par contrat de mariage, l'époux remarié ne s'est nullement enlevé le droit de faire d'autres libéralités; son droit est resté entier, à la condition de demeurer dans les limites du disponible le plus élevé. Il arrive qu'en usant de ce droit, qu'en faisant postérieurement une libéralité, la plus modique soit-elle, la première libéralité est sujette à réduction. Mais on ne peut affirmer que l'époux remarié a pour cela violé le principe de l'irrévocabilité des donations ! Car, si par sa seconde libéralité, il avait révoqué sa première donation, pour partie tout au moins, cette partie ne pourrait plus, dorénavant, appartenir au donataire primitif, sans une nouvelle manifestation de volonté de la part du donateur. Or, supposons que le second gratifié refuse la libéralité qui lui est faite, ou bien encore que deux des enfants décèdent, la donation primitive pourra être exécutée pleinement et entièrement, sans nouvel acte du donateur, c'est donc qu'elle n'a pas été révoquée.

On peut donc dire : La loi, dans certains cas, établit d'une manière toute spéciale la quotité disponible dont il s'agit dans l'art. 1098. Elle n'est pas égale à une portion fixe, comme le tiers, le quart, mais à une portion qui est susceptible de se modifier par le fait même de dispositions à titre gratuit faites par l'époux remarié. Or, la loi accorde à cet époux, le droit de faire, à d'autres personnes que son conjoint, des libéralités dont le montant soit égal à la différence existant entre « la part d'enfant » et le disponible fixé par l'art. 913. L'époux remarié peut user de ce droit tout particulier qui lui est offert par la loi. En agissant ainsi il ne *révoque* pas sa première libéralité ; seulement

il arrivera parfois que, par la volonté de la *loi*, cette libéralité sera *sujette à réduction*, comme dépassant sa quotité disponible particulière. On se trouve en présence d'une situation spéciale créée à l'époux donataire par l'art. 1098 al. 1. Mais cependant rien n'empêche légalement l'exécution de la libéralité postérieure à celle qui a été faite au nouvel époux. Dans notre cas particulier le légataire a donc le droit d'exiger la délivrance de son legs (1).

Remarquons que « la part d'enfant » ne peut être inférieure à une certaine quotité, à la part de chaque enfant dans la réserve ; c'est en effet la plus faible portion qu'un enfant a le droit de recueillir dans la succession de son auteur, et, dans notre hypothèse, la libéralité faite à l'époux ne pourrait par le fait de libéralités postérieures, être réduite à une somme moins élevée que cette portion.

177. La difficulté dont il s'agit au numéro précédent ne peut pas se produire quand la quotité disponible de l'art. 1098 est égale au quart des biens. Dans ce cas, en effet, la quotité disponible est fixe et invariable, elle n'est pas comme la part d'enfant susceptible d'augmenter ou de diminuer, elle ne diminue donc pas par le fait d'une libéralité postérieure à celle dont le nouvel époux a bénéficié.

§ II. — CONCOURS DES DISPONIBLES DES ART. 1098 ET 1094.

178. Nous supposons qu'une personne s'est mariée deux fois ; elle a donné à son premier époux la quotité

(1) En ce sens : DEMOLOMBE, t. 23, n° 569. COLMET DE SANTERRE, t. 4, n° 278 bis VII.

disponible de l'art. 1094, puis ayant des enfants de ce premier mariage, elle a donné à son second conjoint la quotité disponible de l'art. 1098. Elle a trois enfants du premier lit et elle n'a fait aucune autre libéralité.

Ces libéralités peuvent-elles être exécutées toutes les deux, en d'autres termes les deux disponibles des art. 1094 et 1098 peuvent-ils se cumuler ?

Nous avons essayé de démontrer que dans ces deux articles, il s'agissait de la même quotité disponible, qu'il n'y avait de différence qu'au point de vue de leur étendue respective ; que les disponibles des art. 1094 et 1098 étaient, en tout ou en partie, le disponible de l'art. 913.

Par conséquent, quand le législateur permet à une personne ayant trois enfants de disposer, à titre gratuit, d'un quart de ses biens en propriété, au profit d'un étranger, c'est ce même quart qu'elle a pu donner, en propriété, à son premier époux, en vertu de l'art. 1094 (il y a de plus dans ce cas une quotité disponible spéciale), et si elle se remarie, c'est de ce même quart dont au maximum, elle pourra disposer au profit de son second conjoint.

Si l'on admet ceci, il faut, par une conséquence toute naturelle, décider que du moment où le quart aura été donné soit à un étranger, soit à un premier époux, il ne peut plus faire l'objet d'une autre libéralité ; on ne peut donner deux fois la même chose, deux fois la même quotité disponible.

Demolombe admet le principe, mais pas la conséquence ; parce que, dit-il, cette déduction serait infiniment dure. Il faut combiner « ensemble les articles 1094 et 1098 de manière à faire profiter le second époux en cas d'exis-

tence d'enfant du premier lit de ce qui restera libre du disponible de l'art. 1094, après la donation faite au premier époux. » (1) Il admet donc implicitement que si la donation absorbe tout le disponible de l'art. 1094, l'époux remarié ne pourra plus rien donner à son second conjoint. Nous croyons que cette dernière prohibition existe, même dans l'hypothèse où un quart seulement en propriété a été donné au premier époux.

En effet, Demolombe admet, avec nous, que « la quotité disponible de l'art. 1098 est de tous points la même, sauf seulement la mesure que la quotité disponible de l'art. 913 » (2), que la quotité disponible en propriété de l'art. 1094 « est quant à son objet la même que celle de l'art. 913 » (3). Ces trois quotités sont donc la même, comme nous le disions plus haut, et dans l'hypothèse posée au commencement de ce paragraphe, elles ont la même mesure (4), l'épuisement de l'une entraîne l'extinction de l'autre (5).

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 537 bis (10).

(2) DEMOLOMBE, t. 23, n° 566.

(3) DEMOLOMBE, t. 23, n° 521, page 593 1^o.

(4) Nous ne parlons pas du supplément tout spécial de disponible en usufruit accordé par l'art. 1094, car d'après cet article même l'époux ne peut en disposer en faveur de son conjoint que lorsqu'il n'a pas d'enfants du premier mariage.

(5) En d'autres termes, et pour nous servir d'une comparaison vulgaire, le disponible des art. 913, 1094 et 1098 est comparable à un lingot d'or dont le propriétaire pourrait disposer en totalité au profit de toute personne, en général, mais seulement pour une fraction au profit de son conjoint, et s'il venait à se remarier, pour tout ou partie de cette même fraction au profit de son nouvel époux : s'il a donné à son premier époux toute la fraction, il ne pourra plus en donner au second, ne fut-ce qu'une partie.

Ainsi, par exemple, un époux divorcé se remarie ayant un enfant du premier lit, il avait donné à son premier conjoint (au profit duquel le divorce a été prononcé) l'usufruit de la moitié des biens composant sa succession, il ne pourra plus rien laisser à son second époux. La quotité disponible de l'art. 1098 a été épuisée par cette disposition de la moitié en usufruit, libéralité qui, d'après l'opinion générale est égale au quart des biens en propriété (1).

Ce résultat est très dur, il est vrai, mais on l'admet facilement quand une personne ayant au moins trois enfants fait au profit d'un étranger une libéralité équivalente au quart de ses biens. Si cette personne vient à se remarier, elle ne pourra plus rien donner à son nouvel époux ; on ne doit pas établir de différence entre cette hypothèse et celle où une libéralité de même valeur a été faite au profit d'un premier époux. La quotité disponible de l'art. 1098 n'est-elle pas épuisée dans le second cas aussi bien que dans le premier ?

CHAPITRE SIXIÈME

Sanction de l'article 1098.

179. La loi n'a pas seulement limité le montant des libéralités qu'une personne ayant des enfants issus d'un premier mariage peut faire au profit de son second conjoint, elle a encore prévu que les époux chercheraient,

(1) En ce sens : Tribunal de la Seine, 5 mai 1893, *Journ. du Not.*, 1893, page 489.

par tous les moyens, à s'avantager au delà des limites prescrites, et elle a déjoué par avance toutes les combinaisons qui pourraient amener ce résultat.

L'époux remarié peut porter atteinte à la quotité disponible établie par l'art. 1098, en faisant à son nouvel époux, soit des libéralités directes ou indirectes (*stricto sensu*) (voir n° 97), soit des libéralités déguisées ou faites par personnes interposées.

Les libéralités directes dépassant la quotité de l'art. 1098 seront ramenées à cette quotité au moyen de l'action en réduction.

Aux donations indirectes *stricto sensu*, il faut appliquer la règle des donations directes : elles sont valables, mais sujettes à l'action en réduction en tant qu'elles excèdent la quotité disponible.

Les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux et les donations faites par personnes interposées ne sont jamais valables entre époux (voir n° 98). Nous verrons plus loin quelle est la cause pour laquelle le législateur a annulé d'une manière absolue ces dernières donations, et quelles sont les personnes qui peuvent invoquer cette nullité.

180. Etudions l'action en réduction à laquelle sont soumises les libéralités directes ou indirectes dépassant la quotité disponible fixée par l'art. 1098 et l'action en nullité qui peut être exercée contre les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux et contre celles qui sont faites à personnes interposées.

§ 1. — DE L'ACTION EN RÉDUCTION

181. L'action en réduction est celle qui sert de sanction à la réserve établie par l'art. 1098 au profit des enfants d'un premier lit. Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, cette action en réduction est la même que celle que la loi a instituée pour tous les héritiers à réserve, sans distinction (voir n° 114).

182. Nous rechercherons qui doit profiter de l'action en réduction intentée contre certaines personnes; quelles sont les libéralités qui doivent être réduites et comment elles le sont.

Examinons d'abord qui peut exercer l'action en réduction.

N° 1. — PERSONNES QUI PEUVENT EXERCER CETTE ACTION EN RÉDUCTION.

183. Nous savons que cette action est la sanction d'un droit de réserve accordé directement et uniquement aux enfants du premier lit. (Voir n°s 77 et suiv.)

De là résultent plusieurs conséquences.

1° — 184. Le droit à la réserve ne s'ouvrant qu'au *décès* du disposant, l'action qui lui sert de sanction ne peut être exercée avant cette époque.

2° — 185. Le droit à la réserve ne s'ouvre que si l'un au moins des héritiers au profit desquels ce droit avait été établi par la loi est appelé à la succession du disposant, et se porte héritier. Car il ne saurait y avoir de réserve

sans héritier réservataire. Dans notre cas, si aucun des héritiers réservataires, c'est-à-dire si aucun des enfants du premier lit ne vient à la succession, il n'y a donc pas de réserve, personne (pas même les enfants du second mariage), ne pourra demander la réduction des dispositions faites au nouvel époux au delà des limites prescrites par l'art. 1098 (1).

186. Les enfants du premier lit ont évidemment le droit d'exercer cette action, mais dès que le droit de poursuivre la réduction s'est ouvert en leur personne (et qu'il ne s'est point éteint par leur renonciation à la succession ou leur exclusion de l'hérédité) *peut-il être exercé par les enfants du second lit?*

Nous croyons que pour répondre à cette question il est nécessaire de faire une distinction :

187. Si les enfants du premier lit *négligent ou refusent* de poursuivre la réduction, alors les enfants du deuxième lit peuvent la demander à leur place :

Car ces derniers enfants comptent pour la détermination de la quotité disponible, ils profitent du bénéfice de l'action en réduction exercée par leurs frères et sœurs du premier lit : évidemment donc, l'action en réduction se trouve dans la succession, « car le bénéfice de l'action ne peut tomber dans la succession que parce que l'action elle-même y était : et si l'action est dans la succession l'exercice aussi bien que le bénéfice appartient à tous les

(1) AUBRY et RAU, t. 7, § 690 p. 284, texte et note 41. DEMOLOMBE, t. 23, n° 601. COLMET DE SANTERRE, t. 4, n° 178 bis X. LAURENT, t. 15, n° 399. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n° 4097. — *Dictionn. des droits d'enregistrem.*, t. 1. V° Communauté n° 1302.

enfants sans distinction, puisque tous les enfants ont un droit égal à toutes les valeurs héréditaires » (1) Ne serait-il pas illogique de reconnaître à ces enfants le bénéfice d'une action sans leur donner le droit de l'exercer ? Ils pourraient être victimes de fraudes intervenues entre le nouvel époux et les enfants du premier lit, sans avoir le moyen d'en éviter les résultats fâcheux. Ce qu'ils pourraient faire cependant, ce serait agir en vertu de l'art. 1094 si toutefois la réserve établie par cet article était entamée. Mais ceci pourrait donner lieu à des embarras extrêmes, car postérieurement, les enfants du premier lit pourraient, eux aussi, agir en réduction en vertu de l'art. 1098 qui établit une réserve plus élevée que l'art. 1094 ; or l'application de ces deux articles peut être demandée pendant trente ans. Pendant tout ce temps, le donataire serait donc sous le coup de deux demandes différentes en réduction. Puis, comme les droits de tous ces enfants dans la succession de leur auteur sont absolument égaux, il faudrait chaque fois que la réduction aurait été obtenue, en opérer le partage entre tous les enfants.

Ne vaut-il pas mieux adopter la solution que nous proposons ? Que peut-on lui objecter ? Que l'art. 1496 dit qu'en cas d'avantages excessifs « les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement » ; que l'art. 921 ne donne l'action en réduction qu'à ceux au profit desquels la loi a établi la réserve.

Ces articles signifient que l'action en réduction appartient aux enfants du premier mariage, c'est-à-dire

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 602 page 694.

qu'elle ne peut s'ouvrir qu'en leur personne, mais, lorsque cette action, ouverte en leur personne, existe dans la succession, ces deux articles n'interdisent pas aux enfants du second lit de l'exercer.

188. Nous croyons, d'autre part, que si les enfants du premier lit *renonçaient au bénéfice de l'art. 1098*, dans ce cas, les enfants du second lit ne pourraient plus demander eux-mêmes la réduction en vertu de cet article.

Car, dans cette hypothèse on ne peut plus affirmer que l'action en réduction se trouve encore dans la succession. On comprend facilement que lorsque les enfants du premier lit ont la faculté d'exercer cette action et que par négligence ou mauvaise volonté, ils n'usent pas de cette faculté, ils peuvent être remplacés par leurs frères et sœurs du second lit; mais tous les motifs qui nous avaient amenés à cette solution ne se retrouvent plus dans ce second cas; il est certain que les enfants du premier lit ne pourront plus faire réduire les libéralités excédant l'art. 1098 : tombe donc l'argument qui consiste à dire qu'il est illogique de reconnaître aux enfants du second lit le bénéfice de la réduction opérée par ceux du premier, sans leur accorder le droit de l'exercer. Désormais, il n'y aura plus de collusion possible dans le but d'empêcher la mise en œuvre de l'action en réduction. Aucune difficulté ne pourrait se produire à cause du concours des réductions faites par application des articles 1098 et 1094.

Mais notre solution n'est-elle pas injuste à l'égard des enfants du second lit qui ne peuvent nullement empêcher ceux du premier de renoncer à leur réserve? Non,

car cette réserve n'a pas été établie dans l'intérêt propre des enfants du second lit, rien n'empêche ces derniers d'user des dispositions que l'article 1094 a édictées en leur faveur, les seules qu'ils puissent désormais invoquer.

Les enfants du second lit peuvent donc exercer l'action en réduction dans le cas où les enfants du premier lit refusent ou négligent de le faire (1), mais non quand ces derniers, y ayant renoncé, ne peuvent plus eux-mêmes l'exercer.

3^o — 189. *Les héritiers et ayants-cause* des enfants, selon les distinctions qui viennent d'être faites, pourraient exercer l'action en réduction, car, comme il a été vu, cette action est la même que l'action ordinaire en réduction, laquelle est transmissible héréditairement.

4^o — 190. *Les enfants naturels de l'époux remarié*. Depuis la loi du 28 mars 1896, les enfants naturels sont héritiers réservataires, et non plus seulement successeurs irréguliers.

Il est évident que si la libéralité faite à l'époux entamait leur réserve spéciale, ils pourraient la faire réduire. Mais il faut aller plus loin et décider que lorsque l'action en réduction est ouverte en la personne d'enfants

(1) En ce sens : DEMOLOMBE. t. 23. n^o 602. COLMET DE SANTERRE. t. 4, n^o 578 bis, X. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n^o 4099. HUC. t. VI, n^o 485, page 631. LAURENT. t. 15, n^o 400.

Ces auteurs ne prévoient que cette hypothèse.

AUBRY et RAU accordent aux enfants du premier lit le droit de demander la réduction dans tous les cas (t. 7, § 690, page 285, texte et note 43).

MARCADE, (t. 4, sous 1098, n^o V,) admet que les enfants du deuxième lit ne peuvent jamais exercer l'action, à moins qu'il n'y ait fraude de la part des enfants du premier lit.

d'un premier lit, les enfants naturels ont le droit de l'exercer. si ceux du premier lit refusent ou négligent de le faire.

En effet, ces enfants contribuent à déterminer la quotité disponible de l'article 1098, ils profitent du bénéfice de la réduction exercée par les enfants du premier lit et il serait très illogique de leur reconnaître le bénéfice d'une action sans leur donner le droit de l'exercer.

Ne seraient-ils pas, eux aussi, exposés à des manœuvres dolosives pratiquées pour amener les enfants du premier lit à retarder l'exercice de leur action? D'énormes difficultés ne pourraient-elles pas se produire si la réserve de l'article 757 ayant été entamée, ils agissaient en réduction en vertu de cet article, puis que postérieurement les enfants du premier lit missent en mouvement l'action en réduction de l'article 1098?

Si l'on admet que les enfants du second lit peuvent exercer l'action en réduction, on doit, pour les mêmes motifs, accorder aussi ce droit aux enfants naturels dans des circonstances analogues (1).

(1) DEFRENOIS (*Traité formulaire du Notariat* t. 2, n° 5316), semble admettre qu'en principe les enfants naturels ne peuvent jamais exercer l'action en réduction. « Les enfants naturels ne pouvant réclamer que la réserve à laquelle ils ont droit, ne sont pas fondés à invoquer l'article 1098 pour faire réduire les dispositions faites par leur père ou leur mère à son conjoint », mais il faut remarquer que cet auteur ne traite en cet endroit de son ouvrage que de la question de savoir si l'enfant naturel peut invoquer l'art. 1098, quand il n'existe pas d'enfants légitimes d'un premier lit, si cet enfant naturel peut être assimilé à un enfant du premier lit et comme nous l'avons fait nous-même, il répond par la négative. Mais la question qui nous occupe actuellement n'est pas du tout la même, il s'agit de savoir si les enfants naturels peuvent exercer l'action en réduction, ouverte dans la personne des enfants du premier lit, quand ces derniers refusent

5° — 191. L'action en réduction des libéralités excessives ne saurait appartenir à *aucune autre personne* ; ni à l'époux donateur (1) : l'action ne s'ouvre d'ailleurs qu'à son décès, ni aux donataires et légataires du défunt qui ne peuvent pas non plus profiter de la réduction, ni aux créanciers du de cujus.

Remarquons cependant que si les enfants du premier lit ont accepté purement et simplement la succession, ils deviennent débiteurs personnels des créanciers héréditaires. Par suite, ces créanciers profiteraient de la réduction obtenue par les enfants, et même ils pourraient la demander de leur chef, par application de l'art. 1166.

N° 2. — CONTRE QUI ET AU PROFIT DE QUI LA RÉDUCTION EST EXERCÉE

Contre quelles personnes

192. Cette action en réduction est soumise aux mêmes règles que l'action ordinaire en réduction ; elle peut donc être exercée contre le nouvel époux et contre les tiers détenteurs des immeubles qui lui auraient été donnés.

Au profit de quelles personnes :

I. — 193. Le bénéfice de la réduction tombe dans l'actif

ou négligent de le faire, et Defresnois semble partisan de l'affirmative, puisqu'au n° 5331 du même tome, il dit : « cette action profite à tous ceux qui sont appelés à la succession » et, par conséquent, « peut être exercée par les enfants du deuxième mariage », elle pourra donc pour la même raison, l'être aussi par les enfants naturels.

(1) DEMOLOMBE, t. 6, n° 603.

Colmar, 19 fév. 1845, D., 46. 2. 197. — Orléans, 27 fév. 1855, D., 55. 2. 234.

de la succession et est partagé par parts égales entre tous les enfants des différents lits.

Peu importe que l'on puisse invoquer contre cette solution la Novelle 22, ch. XXVII par laquelle Justinien revenant sur la réforme opérée par lui dans la L. 9. pr. C. De Sec. Nup. 5, 9 et faisant revivre la disposition de la loi Hac Edictali, ait permis aux enfants du premier lit de profiter, seuls, de cette réduction (1).

D'abord cette Novelle n'était pas suivie par la jurisprudence des pays de coutume. « Cette jurisprudence qui nous est attestée par Ricard et par tous les autres auteurs est fondée en une très grande équité : les biens qui sont retranchés de la donation faite au second mari étant les biens de la mère commune, tous les enfants de quelque mariage qu'ils soient nés, étant autant à leur mère les uns que les autres, ils y doivent avoir un droit égal (2). ».

L'opinion contraire qui n'a été défendue que par Proudhon (3), est d'ailleurs presque insoutenable en présence de l'art. 745 du C. C. qui dit que : « les enfants ou leurs descendants succèdent à leur père et mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendants sans distinction de sexe, ni de primogéniture et *encore qu'ils soient issus de mariages différents*. Ils succèdent *par égales portions*... ». Or si, en fait, on pouvait établir deux masses à partager formées, l'une d'après l'art. 1098 pour les enfants du premier lit, l'autre d'après l'art. 1094 pour les enfants du

(1) Voir *Introduction*.

(2) POTHIER, *Contrat de Mariage*, n° 567. Édition Bugnet, t. 7, page 263.

(3) PROUDHON, *De l'Usufruit*, t. 1, n° 347, 2^e édition,

second lit, la réserve établie par l'art. 1098 étant plus élevée que celle de l'art. 1094, il en résulterait que les enfants du premier lit auraient dans la succession de leur auteur une part plus élevée que leurs frères et sœurs du second lit : ce qui viole ouvertement l'art. 745 (1).

(1) M. F. Foiret adopte l'opinion de Proudhon, dans une étude que nous avons déjà signalée. (Voir n° 117, note 1.)

Il veut appliquer cette théorie dans l'exemple suivant :

L'actif d'une communauté est de 100.000 fr. Les époux se sont mariés sans contrat, ils n'ont pas de reprises ni de biens propres. Le mari décède laissant trois enfants d'un premier lit et un du second. Au cours de la communauté conjugale, il a recueilli une succession comprenant 80.000 fr. de mobilier.

La femme a droit dans cette communauté à $100.000 : 2 = 50.000$ fr.

Recherchons quel avantage la communauté a procuré à la femme. (Voir nos 213 et suiv.)

Pour cela établissons la situation pécuniaire dans laquelle les époux se seraient trouvés s'ils avaient adopté le régime de communauté réduite aux acquêts :

Prélevons sur l'actif de communauté l'apport du mari : il reste $100.000 - 80.000 = 20.000$ fr. qui, divisés entre les deux époux, donnent à chacun d'eux 10.000 fr. Le conjoint survivant a donc reçu un avantage de $50.000 - 10.000 = 40.000$ fr.

Cet avantage dépasse-t-il la quotité disponible de l'art 1098 ?

Voici quels sont les résultats obtenus par M. Foiret, dans cet exemple :

La femme avantagée de 40.000 fr. ne peut conserver que 22.500 fr. parce que la quotité disponible est de : 50.000 (part du mari dans la communauté) + 40.000 (avantage fait à la femme) = 90.000 fr. : 4 (3 enfants du premier lit, plus l'époux survivant considéré comme un enfant) = 22.500 fr. Elle doit subir un retranchement de 17.500 fr. Ses droits seront ainsi de $50.000 - 17.500 =$ 32.500

Les enfants du premier lit doivent *seuls* se partager, à eux trois, les 17.500 fr. montant du retranchement qui n'a été institué que pour eux : il y prennent chacun 5.833,33 17.500

Les 50.000 fr. de surplus appartiennent par quart à chacun des quatre enfants 50.000
100.000

M. Foiret, nous semble, dans ces calculs : 1° avoir commis une

II. — 194. En vertu de l'art. 921 les donataires et légataires ne peuvent profiter de la réduction.

III. — 195. Ces principes établis, il nous faut étudier

erreur; 2° avoir voulu soutenir une théorie universellement combattue; 3° avoir appliqué la théorie contraire à celle qu'il adoptait.

1° Il a commis une erreur.

En effet, il a oublié pour le calcul de la part d'enfant légitime, de compter l'enfant du second lit: et il trouve ainsi que la masse de biens sur laquelle il faut calculer le disponible étant de 90.000 fr., que le de cujus ayant laissé trois enfants d'un précédent mariage, nombre auquel il faut ajouter une unité représentant l'épouse, la part de l'enfant le moins prenant est de $90.000 : 4 = 22.500$ fr. Or pour calculer la part d'un enfant dans la succession de son auteur, il est évident qu'il faut tenir compte de tous les enfants qui viennent à la succession, qu'ils soient d'un premier ou d'un second lit!

De plus cette liquidation n'est pas faite conformément à l'art. 1098. Cet article veut que la quotité disponible à l'égard de la nouvelle épouse soit égale à la part que l'enfant qui prend le moins recueille dans la succession de son auteur: Or ici l'enfant a droit à $50.000 : 4 = 12.500$ fr. 33 = 12.500 fr. 33, tandis que la femme a droit à 22.500 fr. (il ne faut pas tenir compte des 10.000 fr. de surplus et qui sont le montant de ses droits dans les bénéfices de communauté (art. 1527, al. 4).).

2° Il soutient une théorie universellement combattue en prétendant que seuls les enfants du premier lit doivent profiter de l'action en réduction.

3° Il a appliqué la théorie contraire à celle qu'il adoptait.

En effet, si l'avantage fait au nouvel époux n'est pas une libéralité il ne peut être rapporté fictivement à la masse des biens en vertu de l'art. 922, car cet article ne demande pas le rapport à la succession du de cujus des avantages à titre onéreux que ce dernier a pu procurer à des tiers en contractant avec eux. Le rapport ne doit être fait que du montant des *libéralités*.

Nous rectifierions ainsi ces calculs:

La quotité disponible est de $50.000 : 4 = 12.500$ fr. (on ne doit pas rapporter fictivement l'avantage fait à l'époux, voir nos 146 et suiv.) La libéralité doit être réduite de $40.000 - 12.500 = 27.500$ fr. Cet excédent doit être partagé entre les enfants et l'époux: soit

une question extrêmement délicate, que nous poserons sous les termes suivants :

Entre quelles personnes doit être partagé l'excédant provenant de la réduction d'une libéralité excessive faite au nouveau conjoint d'un époux remarié (1).

Supposons qu'une donation excessive ait été faite au nouvel époux : il y a lieu à réduction de l'excédant. Que fera-t-on de cet excédant ; sera-t-il partagé entre les enfants, ou entre les enfants et le nouvel époux ?

Si l'époux remarié a fait des libéralités excessives au profit de son nouvel époux, et au profit d'autres personnes : des étrangers ou des enfants (par préciput) ; comment se régleront les rapports de ces différentes personnes ? L'excédant de la libéralité faite à l'époux sera-t-il retenu par les héritiers en présence de ces donataires, ou légataires étrangers ?

Pour résoudre ces problèmes il faut évidemment appliquer les deux principes posés par l'article 1098 : dans aucun cas, les libéralités faites au nouveau conjoint

$27.500 : 5 = 5.500$ fr. à chacun. Le conjoint recevrait en définitive (voir nos 197 et suiv.) : $12.500 + 5.500 =$ 18.000

Les 22.000 fr. retranchés doivent être ajoutés à l'actif de la succession du de cujus : Cet actif se compose donc de 50.000 fr. (moitié de la communauté) + 22.000 (obtenus par la réduction de la libéralité excessive faite à la femme) = 72.000 qui doivent être divisés d'une manière égale entre les quatre enfants du défunt et la part de chacun d'eux est de 18.000 fr.

100.000

(1) Nous ferons remarquer que cette question de la répartition de l'excédant se pose aussi, si on adopte la théorie que nous avons combattue sur le mode de calculer le montant du disponible de l'art. 1098 (voir note de la page 203 et de la page 205).

ne peuvent excéder le quart des biens ; dans certains cas, elles doivent égaler la part de l'enfant le moins prenant.

Il faut aussi respecter les règles édictées par le Code Civil dans les art. 923 et suivants, et celles qui régissent le concours des articles 1098 et 913 (voir n^{os} 172 et suiv.).

196. L'application de ces principes présente de sérieuses difficultés. Nous examinerons d'abord le cas où l'époux remarié a fait des libéralités seulement au profit de son nouveau conjoint puis l'hypothèse où il a gratifié son nouveau conjoint et d'autres personnes.

1^o L'époux remarié n'a fait de libéralités qu'en faveur de son nouvel époux.

197. La répartition de l'excédent de ces libéralités sur la quotité disponible de l'art. 1098 est différente suivant que cette quotité est égale au quart des biens ou à la part de l'enfant le moins prenant.

a), — La quotité disponible de l'art. 1098 est égale au quart des biens.

198. Lorsque le de cujus laisse un ou deux enfants, la quotité disponible n'est pas égal à une part d'enfant légitime le moins prenant, mais au quart des biens ; Or, comme dans aucun cas, le nouvel époux ne peut rien recevoir au delà de cette dernière quotité, si la libéralité qui lui a été faite excède le quart des biens, l'excédant devra être réparti seulement entre les enfants.

Exemple : Paul a deux enfants du premier lit ; il a donné à sa nouvelle femme 10.000 fr., il laisse en décédant de 22.000 fr. de biens.

Le quart des biens calculé conformément à l'art. 922

(voir n^{os} 152 et suivants) est de $22.000 + 10.000 = 32.000 : 4 = 8.000$ fr. Les libéralités ne pouvant, dans aucun cas, dépasser ce quart, ces 8.000 fr., la femme doit rendre $10.000 - 8.000 = 2.000$ fr., et on violerait l'art. 1098, en lui attribuant une portion quelconque de cet excédant. La nouvelle épouse aurait donc droit à 8.000 fr., et chaque enfant a $22.000 + 2.000 = 24.000 : 2 = 12.000$ fr.

b). — 199. Mais si l'on se trouve dans une hypothèse où la quotité disponible doit être égale à une part d'enfant, le moins prenant, alors l'excédant doit être réparti entre les enfants et l'épouse, parce que c'est l'unique moyen de conserver la stricte égalité qui doit exister entre la part d'enfant le moins prenant et la quotité disponible établie par l'art. 1098.

Exemple : Pierre a cinq enfants, il se remarie, donne 10.000 fr., à sa nouvelle femme, décède en laissant 45.000 fr. de biens extants.

La quotité disponible de l'art. 1098 est de $45.000 : 5 = 9.000$ fr. La libéralité faite à la femme excède cette quotité de 1.000 fr. Cette somme doit être partagée entre la femme et les enfants: $1.000 : 6 = 166,66$. En définitive, l'épouse aura 9.166 fr. 66 et chacun des enfants 9.166 fr. 66. Seul, ce calcul est légal, et on ne pourrait, par exemple, attribuer les 1.000 fr. d'excédant exclusivement aux enfants, qui auraient chacun 9.200 fr., tandis que la femme n'aurait que 9.000 fr. : car l'art 1098 veut que la quotité dont le nouvel époux peut être gratifié soit égale à une part d'enfant : ce serait donc violer cet article que de prétendre lui attribuer une quotité de 9.000 fr., tandis que la part d'enfant serait de 9.200 fr. En agissant comme nous le faisons, on ne viole nullement l'art. 921

qui dit que les donataires et légataires ne peuvent demander la réduction, ni en profiter. Le nouvel époux ne prétend pas faire une réduction dont il profitera, il soutient que la loi établissant à son égard une quotité dont le montant s'élève à la part de l'enfant qui prend le moins, c'est-à-dire à 9.166 fr. 66, il a le droit d'exiger que cette somme lui soit attribuée, de soutenir qu'on ne peut sans violer arbitrairement la loi, diminuer sa quotité disponible de 166 fr. 66 (1).

2° L'époux remarié a fait des libéralités au profit de son nouveau conjoint, puis au profit d'autres personnes.

200. Si la libéralité faite au nouvel époux est égale ou inférieure à la quotité établie par l'art. 1098, l'époux remarié a pu disposer valablement de la différence entre le montant de ce disponible et la quotité de l'art. 913 : et en appliquant l'art. 923 on réduira d'abord les libéralités postérieures à celles faites au nouveau conjoint.

(Remarquons que lorsque la quotité disponible de l'art. 1098 est égale à une part d'enfant, il peut arriver qu'une libéralité faite au nouvel époux et ne dépassant pas « la part d'enfant » au moment où elle a été faite, en supposant que la succession vienne à s'ouvrir à ce moment même, se trouve sujette à réduction par le fait de dispositions postérieures à titre gratuit, cela parce que la part d'enfant est susceptible d'augmenter ou de diminuer ; mais elle ne peut pas atteindre une valeur

(1) AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 281. DEMOLOMBE, t. 23, nos 599-600. En ce sens LAURENT, t. 15, n° 401.

moindre que le montant d'une part d'enfant dans la réserve. (voir n° 175.)

Si la libéralité faite au nouveau conjoint a dépassé son disponible particulier, alors se présentent des difficultés. Faisons encore la distinction établie au n° 197.

a). — *La quotité disponible est égale au quart des biens (voir n° 198).*

201 Dans ce cas, la libéralité excessive doit être ramenée à cette quotité sans que le nouvel époux puisse profiter de l'excédant parce qu'il ne peut recevoir, en tous cas, que le quart des biens.

Exemple: Jacques a deux enfants; il se remarie, donne 30.000 fr. à sa nouvelle épouse, institue un légataire universel. et décède laissant un actif de 50.000 fr. de biens extants.

La masse des biens établie conformément à l'art. 922 est de $50.000 + 30.000 = 80.000$.

La quotité disponible de l'art. 1098 est de 80.000 fr. : 4 = 20.000 fr.

La quotité disponible de l'art. 913 est de 80.000 fr. : 3 = 26.666 fr.

La libéralité faite à la femme doit être réduite de 10.000 fr. mais elle ne peut profiter aucunement de ces 10.000 fr.

202. Cette première difficulté vaincue, il s'en élève une autre : Le légataire universel réclame son legs aux enfants : ceux-ci en refusent la délivrance en objectant que leur réserve est déjà entamée par la libéralité de 30.000 fr. faite au nouvel époux, que la quotité disponible la plus élevée a même été complètement épuisée par cette libéralité, que d'ailleurs les légataires ne doivent pas profiter de la réduction.

Le légataire peut répondre avec succès (1) : Lorsque l'époux remarié a fait une libéralité à son nouveau conjoint, il peut encore faire au profit d'un étranger un legs égal à la différence existant entre la quotité disponible de l'art. 1098 et celle de l'art. 1094. Dans notre cas, il pouvait encore faire une libéralité de 26.666 fr. 66 — 20.000 fr. = 6.666 fr. 66 ; la libéralité faite à la femme ne doit être imputée sur la quotité de l'art. 913 que dans la mesure légale, c'est-à-dire dans la mesure prescrite par l'art. 1098. Par conséquent, il reste une portion de la quotité disponible de l'art. 913 qui a pu être attribuée à un étranger par un legs universel, et en le réclamant, le légataire universel ne demande pas la réduction pour en profiter : l'art. 921 défend aux donataires et aux légataires d'exiger que les biens donnés à d'autres leur soient attribués par l'effet d'une réduction exercée soit par eux-mêmes, soit par d'autres ; Ici, le légataire ne demande pas lui-même aucune réduction contre la femme, il ne veut pas que quelque portion de la libéralité faite à cette personne lui soit attribuée ; il ne s'adresse pas directement à la donataire afin d'obtenir que les biens dont elle est saisie comme donataire lui soient abandonnés pour l'exécution de la libéralité qui lui a été faite : il se défend contre une réduction injuste et soutient que ce n'est pas lui que la réduction doit atteindre.

La solution devrait être toute autre, si le légataire ou

(1) En ce sens : AUBRY et RAU, t. 7, § 685, page 220 ; texte et note 3, § 690, page 281. DEMOLOMBE, t. 23, n° 514. BAUDRY LACANTNERIE et COLIN, t. 2, n° 4049. HUC, t. 6, n° 484, page 629. LAURENT, t. 15, n° 390. Paris, 10 déc. 1864, D., 65. 2. 106.

le donataire voulait obtenir quelque parcelle des biens provenant de la réduction même; c'est alors qu'on pourrait lui opposer victorieusement l'art. 921 qui défend que le légataire ou donataire demandent la réduction, et en profitent.

Exemple : Un époux remarié ayant deux enfants du premier lit a donné 40.000 fr. à sa femme puis a légué à un étranger 10.000 fr. ; il décède sans laisser aucun actif dans sa succession.

La quotité disponible de l'art. 1098 est de 40.000 fr. : 4 = 10.000 fr. (voir n° 152). La quotité de l'art. 913 est de 40.000 : 3 = 13.333 fr. La donation faite à la femme doit être réduite de 40.000 — 10.000 = 30.000 fr. Mais le légataire ne pourrait pas prétendre que son legs doit être acquitté sur ces 30.000 fr. provenant de la réduction, car les 30.000 fr. étaient quant, à lui, sortis irrévocablement de la succession et ils n'y rentrent que dans l'intérêt relatif des héritiers réservataires.

On voit, par ces exemples, quel est le véritable sens de l'art. 921, quand il défend aux donataires et aux légataires de demander ou de profiter de la réduction.

b). — 203. Examinons maintenant le cas où la quotité disponible de l'art. 1098 est égale à la part de l'enfant le moins prenant (parce que cette part n'excède pas le quart des biens). Comment devons-nous repartir ici le bénéfice provenant de la réduction ? Ou plutôt jusqu'à quel point devons-nous imputer sur la quotité disponible de l'art. 913 la libéralité excessive faite à l'époux ?

Exemple : Paul se remarie, il donne 30.000 fr. à sa nouvelle épouse, il établit un légataire universel et décède laissant 4 enfants de ses deux lits et un actif de 50.000 fr.

Recherchons à quelle part a droit l'enfant qui prend le moins.

La quotité disponible la plus élevée est de $50.000 + 30.000 = 80.000 : 4 = 20.000$ fr., la réserve est de $80.000 - 20.000 = 60.000$ fr. Or, remarquons qu'en faisant une donation entre vifs plus un legs universel, l'époux remarié a certainement épuisé sa quotité disponible la plus élevée, car, pour épuiser tout le disponible de l'art. 913, il suffit d'un legs universel fait à un étranger; ici nous sommes en présence d'une disposition de cette nature plus une donation entre vifs.

D'une part, nous voyons donc la quotité disponible épuisée, de l'autre, la réserve qui doit toujours demeurer intacte. Nous pouvons donc conclure tout naturellement que dans cette situation les enfants ne peuvent avoir droit qu'à leur part de réserve.

Or ici, cette part est de $60.000 : 4 = 15.000$ fr; la part de l'enfant le moins prenant étant de 15.000 fr., la libéralité faite à l'époux doit être réduite à ce chiffre. Que ferons nous de l'excédant? nous l'attribuerons au légataire universel qui a droit à toute la différence existant entre le disponible de l'art. 1094, et celui de l'art. 1098; ou plutôt nous imputerons la libéralité faite à l'époux sur la quotité disponible de l'art. 913 seulement jusqu'à concurrence de 15.000 fr. (1)

(1) Et en émettant cette idée nous ne croyons pas contredire ce que nous disions au n° 199, c'est-à-dire que dans le cas où c'est seulement au conjoint qu'une libéralité a été faite, l'excédant de cette libéralité sur la quotité disponible doit être réparti également entre le nouvel époux et les enfants : cette règle a été établie en principe pour les cas où on ne pourrait arriver autrement à un résultat légal, mais cela ne s'applique pas à notre hypothèse, où l'on peut cons-

On pourrait dire que l'excédant de la libéralité doit être réparti entre le nouvel époux et les enfants, ils auraient droit chacun à 16.000 fr. On arriverait à ce résultat en rapportant fictivement à la masse la libéralité faite à l'époux et en divisant cette masse par le nombre d'enfants plus une unité : $50.000 + 30.000 = 80.000 \text{ fr.} : 5 = 16.000 \text{ fr.}$ Nous avons déjà essayé de combattre ce mode de calcul (voir n^{os} 146 et suiv.).

Cette dernière solution est de plus susceptible de plusieurs objections :

Nous avons vu que l'époux remarié, après avoir fait une certaine libéralité à son nouveau conjoint, a encore le droit de faire au profit d'autres personnes des libéralités qui pourront, en fait, amener la réduction de la donation faite au second époux et dont le montant peut égaler la différence existant entre le disponible de l'art. 913 et le disponible de l'art. 1098 (1). Or, on lui enlève ce droit en attribuant 16.000 fr. au nouvel époux ; car $16.000 \text{ fr.} \times 5 = 80.000 \text{ fr.}$, soit le total de la succession ; et on lui enlève ce droit alors que la quotité disponible de l'art. 913 n'est pas épuisée : elle est de $80.000 \text{ fr.} : 4 = 20.000 \text{ fr.}$!

De plus il paraît indiscutable que lorsqu'une personne fait un legs universel et une donation, sa quotité disponible est anéantie, et que, par conséquent, les enfants n'auront droit qu'à leur part de réserve. Or, en attribuant

tater que sans répartir l'excédant entre l'époux et les enfants, on peut cependant arriver à former une quotité disponible égale à une part d'enfant.

Voir BERTAULT. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1869, page 494.

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n^o 569, COLMET DE SANTERRE, t. 4. n^o 278 bis VII.

16.000 fr. à chacun des enfants on leur accorde une portion plus forte que leur réserve, car $16.000 \text{ fr.} \times 4 = 64.000 \text{ fr.}$ au lieu de 60.000 fr.

Cependant l'art. 1098 n'accorde-t-il pas un supplément de réserve aux enfants du premier lit. ? Cela est vrai, mais seulement à l'égard du nouvel époux ; à l'égard de tous autres le conjoint conserve le droit de disposer dans les limites du disponible de l'art. 913 (1) Or, d'après le mode de calcul que nous combattons, on lui enlève complètement ce droit, car, quelque minime que soit la libéralité postérieure, elle ne pourra être exécutée, puisque le total de la succession est partagé entre l'époux et les enfants.

204. Nous croyons donc pouvoir poser ce premier principe : Dans les cas où le disponible de l'art. 1098 est égal à une part d'enfant, des libéralités peuvent avoir été faites à l'époux, puis à d'autres personnes. Si ces dernières libéralités égalent ou excèdent à elles seules le disponible le plus élevé, ou même si elles égalent la différence existant entre le disponible de l'art. 1098 et le disponible de l'art. 913, alors toute la quotité disponible ordinaire (2) est épuisée et les enfants ne doivent prendre que leur part de réserve. Cette part de réserve est aussi la mesure du disponible à l'égard du nouvel époux : Donc, tout ce dont la libéralité faite à l'époux excède cette dernière quotité ne se répartit pas entre l'époux et les enfants, mais (indirectement) entre les autres donataires ou légataires. (Voir n° 207 *infra*)

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 565. AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 285, texte et note 44. LAURENT, t. 15, n° 392.

(2) Voir n° 166.

205. Voyons maintenant le cas où la libéralité faite à l'époux dépassant le disponible de l'art. 1098, d'autres personnes ont été aussi gratifiées mais cependant sans que tout le disponible de l'art 913 soit épuisé.

Exemple : Paul se remarie ayant quatre enfants d'un premier mariage. Il donne à sa nouvelle femme 20.000 fr. et 2.000 par préciput à un enfant du premier lit. Il décède laissant 70.000 fr. de biens extants.

La masse des biens est de 70.000 fr. + 2.000 fr. + 20.000 fr. = 92.000 fr. Le disponible de l'art. 913, le plus élevé est de 92.000 fr. : 4 = 23.000 fr. Le disponible de l'art 1098 est de : 70.000 : 4 = 17.500 fr.

Dans ce cas, les libéralités faites à l'époux et à l'étranger n'atteignent pas le disponible le plus élevé : 20.000 fr. + 2.000 = 22.000 fr.

Et cependant il importe que la donation faite à l'époux soit réduite à son disponible particulier, elle subira donc une réduction de 20.000 fr. — 17.500 fr. = 2.500 fr.

Mais personne autre que les enfants ne peut prétendre avoir droit sur cette somme, or, si nous ne partageons ces 2.500 fr. qu'entre les enfants, nous leur attribuons une part de $17.500 \text{ fr.} + \frac{2.500 \text{ fr.}}{4} = 18.125 \text{ fr.}$ tandis que le nouvel époux n'aurait que 17.500 fr.

Un seul moyen nous est offert de ne pas violer l'art. 1098, c'est de répartir l'excédant entre le nouvel époux et les enfants, soit $2.500 \text{ fr.} : 5 = 500 \text{ fr.}$ Et, en définitive, le conjoint obtiendra $17.500 \text{ fr.} + 500 \text{ fr.} = 18.000 \text{ fr.}$

206. Nous posons donc ce deuxième principe : Dans les cas où la quotité disponible de l'art. 1098 est égale à une part d'enfant, des libéralités peuvent avoir été

faites à l'époux, puis à d'autres personnes. Si les premières excèdent le disponible de l'art. 1098, et si les secondes n'atteignent pas la différence existant entre le disponible de l'art. 1098 et celui de l'art. 913, alors, l'excédant de la première libéralité sur le disponible de l'art. 1098 doit être réparti entre le nouvel époux et les enfants, parce que c'est le seul moyen de donner à cet époux une portion égale à la part d'enfant le moins prenant.

Cette solution devrait être la même dans l'hypothèse où les libéralités faites à l'époux dépassant le disponible de l'art. 1098, l'époux remarié a encore disposé au profit d'autres personnes et que toutes ces dispositions excèdent ensemble le disponible le plus élevé sans que cependant les libéralités faites à des étrangers ou à des enfants, par préciput, soient égales à la différence existant entre le disponible de l'art. 1098 et celui de l'art. 913.

207. Essayons de résumer ce que nous avons dit sur la répartition entre les enfants, le nouvel époux, et les autres gratifiés, de l'excédant de la libéralité faite au nouvel époux sur la quotité disponible de l'art. 1098.

La quotité de l'art. 1098, doit être égale soit au quart des biens, soit à une part d'enfant, selon les hypothèses.

Dans le premier cas, le nouvel époux n'a jamais droit de participer au partage de l'excédant.

Dans le deuxième cas, il y aura droit quand il sera seul gratifié ou quand les autres libéralités n'atteindront pas la différence existant entre le disponible de l'art. 913 et le disponible de l'art. 1098.

Quant aux autres gratifiés, ils n'ont jamais droit en vertu de l'art. 921 de prétendre à quelque portion du

bénéfice de la réduction qu'ils ne peuvent demander et dont ils ne doivent pas profiter. Mais ils ont le droit de prétendre que la libéralité faite à l'époux ne doit être imputée sur le disponible de l'art. 913 que dans la mesure légale fixée par l'art. 1098.

3° L'époux remarié a fait des libéralités à des étrangers (ou à des enfants avec dispense de rapport), puis au nouveau conjoint.

208. Dans cette hypothèse, la première libéralité aura ou non absorbé le disponible de l'art. 913.

Dans le premier cas, le disponible ordinaire (en présence d'enfants, voir n° 166) est épuisé, le disponible de l'art. 1098 l'est aussi puisqu'il n'est que tout ou partie de cette quotité ordinaire. La libéralité faite au nouveau conjoint tombe entièrement, la réduction profite exclusivement aux enfants.

Dans le deuxième cas, la disposition à titre gratuit faite au conjoint peut être exécutée dans la mesure de la différence existant entre le montant de la libéralité faite à l'étranger et le disponible de l'art. 1098. On doit appliquer l'art. 923 et ne réduire la libéralité faite à l'étranger qu'après celle de l'époux donataire, il faut, en effet, d'après cet article, réduire d'abord la dernière donation, puis remonter des dernières aux plus anciennes. Quant à la question de savoir qui doit profiter de la réduction de la disposition faite au nouvel époux, il suffit, pour y répondre, de se reporter à ce que nous avons dit de l'hypothèse où une libéralité a été faite seulement au nouvel époux (voir n^{os} 197 à 200).

*4° L'époux remarié a fait des libéralités simultanées
à son nouveau conjoint et à d'autres personnes*

c'est-à-dire des libéralités écrites dans une même donation ou résultant de testaments, d'un seul ou de plusieurs, car toutes les dispositions testamentaires ont toujours pour date le décès du de cujus).

209. Lorsque ces libéralités simultanées dépassent ensemble la quotité disponible la plus élevée, de nombreuses difficultés naissent au sujet de la réduction.

Elles pourront être assez facilement tranchées dans les hypothèses où la libéralité faite au nouvel époux dépassant la quotité disponible de l'art. 1098, on peut en la ramenant à cette quotité, éviter l'excédant de toutes les libéralités sur le disponible le plus élevé.

Exemple : Paul se remarie ayant trois enfants, il lègue 40.000 fr. à sa nouvelle femme et en même temps 1.000 fr. à un de ses amis, 1.000 fr. à un autre. Il décède laissant un actif de 120.000 fr.

La quotité disponible de l'art. 913 est de 120.000 fr. : 4 = 30.000 fr.

La part d'enfant, abstraction faite de toute libéralité, est de 120.000 fr. — 42.000 fr. = 78.000 fr. : 3 = 26.000 fr. La libéralité faite à l'époux excède la quotité disponible de 40.000 fr. — 26.000 fr. = 14.000 fr. qui doivent être répartis entre cet époux et les enfants (voir n° 206). 14.000 fr. : 4 = 3.500 fr. La femme peut donc recevoir 14.000 fr. + 3.500 fr. = 17.500 fr.

En réduisant la libéralité faite à la femme à sa mesure légale, les deux autres dispositions pourront être intégralement exécutées, car 17.500 fr. + 1.000 fr. + 1.000 fr. = 19.500 fr. et le disponible le plus élevé est de 30.000 fr.

Le nouvel époux ne peut objecter que ce calcul n'est pas fait conformément à l'art. 926, d'après lequel les libéralités doivent être réduites au marc-le-franc, car on lui accorde dans la succession le maximum de ce dont il pouvait y recevoir.

Mais on ne peut user de cet expédient dans tous les cas.

210. Le plus souvent, une difficulté naît, quant à la réduction, de ce que les disponibles fixés par les art. 1098 et 913 ne sont pas les mêmes, quant à la mesure.

(On pourrait croire, à première vue, que lorsque une personne a trois enfants d'un premier lit, les quotités disponibles fixées par les art. 913 et 1098 sont toutes deux du quart des biens, mais cela n'est pas toujours exact, du moins dans certaines des hypothèses où concourent les art. 913 et 1098; la quotité de l'art. 913 se calcule en effet sur une masse composée de tous les biens existants au décès, auxquels on réunit ceux dont le de cujus a disposé entre vifs, à titre gratuit, elle est égale au quart des biens; tandis que la part d'enfant dont parle l'article 1098, n'est pas toujours égale au quart de tous les biens, puisque pour la calculer, on ne tient pas compte des biens donnés à des étrangers ou par préciput à des enfants.)

Or, si on applique purement et simplement l'art. 926, on recherchera l'excédant des libéralités sur la quotité disponible, et on réduira cette somme proportionnellement sur le montant de chaque disposition.

Mais cela n'est pas possible dans notre hypothèse, car la quotité dont l'époux être avantagé est moindre que

celle qui peut être attribuée à toute autre personne et si l'on agissait ainsi, celui qui ne pouvait recevoir que le plus faible disponible serait traité comme s'il avait eu le même droit que celui en faveur duquel existait un disponible plus élevé, et cela au détriment de ce dernier qui recevrait en moins, tout ce qui serait accordé en trop au premier.

Ainsi, par exemple : Pierre se remarie ayant cinq enfants du premier mariage, il a légué 30.000 fr. à sa seconde femme, et 10.000 fr. à un étranger. Il décède laissant ses cinq enfants, et 80.000 fr. de biens.

La quotité disponible de l'art. 913 est de $80.000 : 4 = 20.000$ fr..

La quotité de l'art. 1098 est de $60.000 : 5 = 12.000$ fr. (voir n° 203 : dans cet exemple, la quotité disponible est certainement épuisée, les enfants n'auront assurément droit qu'à leur part de réserve). Les deux legs dépassent le disponible le plus élevé : $30.000 + 10.000 = 40.000$ fr. au lieu de 20.000 fr. Or, si on ne tient pas compte de la différence existant entre les deux disponibles, si on prend pour base unique le disponible le plus élevé, on dira : les deux libéralités égalent 40.000 fr., elles dépassent la quotité disponible, de 20.000 fr., c'est-à-dire de la moitié, chaque legs doit donc être réduit de moitié : la femme aura 15.000 fr. et l'étranger 5.000 fr; $15.000 + 5.000 = 20.000$ fr. Mais le conjoint profite injustement de cette manière de calculer puisque, tandis qu'il ne pouvait recevoir que 12.000 fr., on l'assimile à l'étranger qui pouvait recevoir 20.000 fr. ! D'autre part, on n'arrive pas ainsi à un résultat définitif, puisque l'époux reçoit 15.000 fr., alors que la quotité disponible à son égard n'est que 12.000 fr.,

l'étranger perd ainsi tout ce que le conjoint reçoit au delà de la portion qui doit légalement lui revenir : (1)

Disons-nous que toutes les dispositions doivent être réduites au marc le franc, mais avec cette grave restriction que si la disposition en faveur de l'époux dépasse la quotité disponible de l'art. 1098, on doit préalablement la réduire à cette quotité ? (2)

Ainsi, dans notre exemple de plus haut, on réduirait d'abord le legs fait à l'époux à 12.000 fr., puis on dirait : les deux legs sont de 12.000 fr. + 10.000 = 22.000 fr., soit de $\frac{1}{11}$ de plus que la quotité la plus élevée (20.000 fr.), chaque legs doit donc être réduit de $\frac{1}{11}$. Définitivement, la femme aurait 10.909 fr. 09, le légataire 9090 fr. 90 et chaque enfant 12.000 fr.

Cette théorie a l'avantage de ne pas tomber sous la deuxième critique formulée contre le premier système, c'est-à-dire qu'elle n'accorde pas au nouvel époux une part plus forte que celle qui est permise par la loi, mais, dans certains cas, elle a aussi comme le premier système le grave défaut d'assimiler, quant à la réduction, des personnes au profit desquelles le disponible n'est pas le même.

Ainsi par exemple : Pierre ayant un enfant, se remarie. Il décède laissant 160.000 francs de biens et après avoir légué 40.000 fr. à sa seconde femme, 80.000 fr. à Jacques, 40.000 fr. à Paul. Seul, son enfant du premier lit vient à sa succession.

(1) En ce sens : TOULLIER, t. V, n° 872, page 647 4° Edit.

(2) AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 286. DEMOLOMBE, t. 23, n° 567 LAURENT, t. 15, n° 392.

Le disponible de l'art. 913 est de $160.000 : 2 = 80.000$ fr.

Le disponible de l'art. 1098 est de $160.000 : 4 = 40.000$ fr.
(voir n° 152).

D'après le second système, la libéralité faite à la nouvelle femme ne dépassant pas la quotité disponible particulière de l'art. 1098, il y aura lieu simplement de réduire proportionnellement les deux legs.

Ainsi, le disponible le plus élevé étant de 80.000 fr., les dispositions atteignant 160.000 fr., chaque legs devra être réduit de moitié, la femme aura droit à 20.000 fr., Jacques aura 40.000 fr. et Paul 20.000 fr.

Mais il n'est pas juste que les légataires étrangers, à l'égard desquels le disponible est de 80.000 fr., soient traités comme le nouveau conjoint, à l'égard duquel le disponible n'est que de 40.000 fr.

Aussi, voici ce que nous admettons :

Il faut prendre comme base du calcul non pas le disponible le plus élevé, puisqu'il n'est pas la mesure commune de toutes les libéralités, mais le plus faible disponible sur lequel concourent tous les gratifiés. Puis le supplément de disponible après cette première opération sera partagé proportionnellement entre les bénéficiaires du disponible le plus élevé qui souffriraient d'être réduits proportionnellement sur le pied de la plus faible quotité.

Dans notre dernier exemple, le disponible le moins élevé est de 40.000 fr., les libéralités sont de 160.000 fr., chacune d'entre elles doit être réduite au quart. Soit 10.000 fr. à la femme, 20.000 fr. à Jacques, 10.000 fr. à Paul. Il reste: $10.000 + 20.000 + 10.000 = 40.000$ fr.; $80.000 - 40.000 = 40.000$ fr. disponibles. Ils seront

partagés proportionnellement entre Jacques et Paul, soit $\frac{1}{3}$ ou 13.333 fr. 33 à Paul et $\frac{2}{3}$, soit 26.666 fr. 66 à Jacques. Définitivement la femme recueillera 10.000 fr., Jacques 46.666 fr. 66, Paul 23.333 fr. 33 (1).

N° 3. — CONTRE QUELLES LIBÉRALITÉS PEUT ÊTRE EXERCÉE
L'ACTION EN RÉDUCTION.

211. L'action en réduction peut être exercée contre les libéralités directes ou indirectes qui excèdent la quotité disponible fixée par l'art. 1098.

Il est nécessaire pour le succès de cette action que les héritiers prouvent que leur réserve a été entamée. Cette preuve est assez facile à établir dans certaines hypothèses, par exemple, en cas de donations ordinaires : un acte notarié doit en effet toujours constater ce genre de libéralité. Dans d'autres cas, cette preuve soulève des difficultés très graves, par exemple, lorsqu'il s'agit de libéralités indirectes, ou encore de libéralités en usufruit.

1° *Libéralités indirectes.*

212. Lorsqu'il n'existe pas d'écrit, la preuve peut se faire par témoins, car il s'agit de prouver une fraude à la loi, une fraude à la réserve.

Cette règle s'applique, en particulier, *aux avantages indirects résultant des conventions matrimoniales* ; lorsqu'il n'a pas été fait de contrat, ou bien encore quand les apports des époux ne sont pas indiqués dans leur

(1) En ce sens : COLMET DE SANTERRE. t. IV, n° 284 bis, VIII

contrat de mariage, la preuve de la consistance de ces apports peut se faire par témoins (1), mais non par commune renommée, car ce mode de preuve est tout à fait exceptionnel et ne peut être admis en dehors des cas où la loi l'autorise formellement (2).

Une fois les apports connus, il faut démontrer qu'il en est résulté un *avantage définitif au profit du nouveau conjoint*.

Pour cela, il est nécessaire de *rechercher quelle part de communauté échoit, en fait, au nouvel époux*, puis, cette part connue, *il faut rechercher la situation pécuniaire où serait le nouvel époux s'il n'avait pas conclu de conventions matrimoniales lui conférant des avantages*; la situation où il serait, par exemple, s'il avait adopté le régime de communauté réduite aux acquêts. On sait, en effet, que cette communauté comprend uniquement les acquisitions mobilières ou immobilières faites par les époux, ensemble ou séparément, durant leur association, à l'aide des ressources provenant tant de l'industrie commune que de leurs économies sur les fruits et revenus des propres respectifs. Or, les art. 1496 et 1527 décident justement que : les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus ne peuvent pas être considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit.

(1) RODIÈRE et PONT, t. 3, n° 1628 ; GUILLOUARD, t. 3, n° 1434.

(2) GUILLOUARD, *loc. cit.*, *Répert. rais. de la mat. des aff.*, v° Comm. légale, n° 18769.

En sens contraire : RODIÈRE et PONT, *loc. cit.*

213. Ainsi donc, il faut, dans le cas où les époux ont adopté le régime de communauté légale (1) :

1^o Etablir l'actif de cette communauté, déterminer la part revenant à chaque époux.

2^o Etablir la situation pécuniaire où les nouveaux conjoints auraient été, s'ils avaient adopté le régime de communauté réduite aux acquêts.

Si les conjoints avaient adopté ce régime, tout ce qui est tombé de leur chef dans la communauté légale, leur serait resté propre (sous la réserve faite plus haut), mais leurs dettes personnelles leur seraient aussi restées propres, la communauté ne les aurait pas payées ; par conséquent, l'actif de cette communauté réduite aux acquêts, supposée entre eux, aurait été égal à l'actif actuel de leur communauté légale diminué des apports et reprises des époux, augmenté de leurs dettes personnelles ; en divisant par moitié l'actif ainsi composé, on aurait la part de chaque époux dans cette communauté réduite aux acquêts.

Si nous comparions cette part avec celle qui, en fait, est échue au nouvel époux, le résultat de cette comparaison ne serait pas toujours le montant exact de l'avantage qui a pu résulter au profit de cet époux de l'adoption de communauté légale ; car, pour que cela fût, il faudrait que le nouvel époux n'ait rien apporté à la communauté

(3) S'il s'agissait d'une *communauté conventionnelle*, il faudrait agir de même, mais de plus, il serait nécessaire de combiner et balancer entre elles les conséquences de toutes les clauses du contrat de mariage, de manière à compenser avec le profit que telle stipulation aura procuré au nouvel époux la perte que telle autre clause lui aurait fait subir » (AUBRY et RAU, t. 7. § 690, page 275).

légale : alors la différence entre les deux parts pourrait constituer un avantage ; mais le nouvel époux peut lui-même avoir apporté des biens à la communauté légale, et le fait de recueillir une portion de cet apport ne constitue certainement pas un avantage : il faut donc augmenter du montant de ses apports sa part dans la communauté supposée réduite aux acquêts. De plus, sa part, dans cette dernière communauté doit être diminuée des dettes personnelles que le nouvel époux aurait été obligé de payer et dont la communauté ne se serait pas chargées.

Il est donc juste que la part du nouveau conjoint dans la communauté supposée réduite aux acquêts, soit augmentée du montant de ses apports, et diminuée du total de ses dettes personnelles. C'est en comparant le résultat de cette opération avec la part que le nouvel époux a recueillie dans la communauté légale ayant existé, en fait, entre lui et l'époux remarié, que nous connaissons le montant de l'avantage que la communauté légale a procuré à ce nouveau conjoint.

Ainsi, par exemple : L'actif d'une communauté légale est de 200.000 fr. Le mari décède laissant deux enfants du premier lit. La communauté a payé 80.000 fr. de dettes personnelles à la femme. Celle-ci a apporté 20.000 fr. de mobilier. Le mari a, durant le cours de l'association conjugale, recueilli une succession mobilière de 40.000 fr.

Agissons comme il a été dit plus haut :

1° L'actif de la communauté égale 200.000 francs. La part de chaque époux est de 100.000 francs.

2° Ajoutons à l'actif de cette communauté les dettes personnelles à la femme payées par la communauté

légale, diminuons-le d'une somme égale aux apports respectifs des époux : $200.000 + 80.000 = 280.000$; $280.000 - (20.000 + 40.000) = 220.000$ francs.

La part de chaque époux dans cette communauté est de $220.000 : 2 = 110.000$ francs.

Diminuons la part du nouvel époux de ses dettes personnelles et augmentons-là de ses apports : $110.000 - 80.000 + 20.000 = 50.000$ francs.

Comparons avec le résultat de la première opération : $100.000 - 50.000 = 50.000$ francs.

Le nouveau conjoint a retiré de la communauté légale un avantage de 50.000 francs.

Nous avons vu comment on calcule si cette libéralité indirecte dépasse ou non la quotité disponible de l'article 1098 (Voir n^{os} 137 et suivants).

214. Remarquons qu'il peut se présenter des hypothèses où le moyen pratique qui vient d'être exposé ne pourrait peut-être pas être facilement employé. (Nous voulons parler de la supposition d'une communauté réduite aux acquêts).

Il faudra, cependant, par d'autres raisonnements, rechercher quelle aurait été la situation pécuniaire du nouvel époux s'il ne s'était pas soumis au régime de la communauté légale, afin de comparer cette situation avec celle qui existe en fait.

Ainsi, reprenons un exemple que nous avons déjà vu. (n^o 108 note 3.) Un veuf avec enfants se remarie, il apporte 100 000 francs de valeurs mobilières, sa femme également. Le mari administre mal et dissipe toute cette fortune. Il recueille un legs mobilier de 50.000 francs. Il décède. La communauté est réduite à ces 50.000 francs.

Devons-nous considérer seulement le legs de 50.000 fr. et dire : le montant de ce legs est apporté par le mari ; par conséquent, si la femme en recueille quelque part, cette part constitue un avantage à son profit ? Non : il faut examiner l'état général de la situation pécuniaire de la femme ; cet examen nous fera constater que la femme avait une fortune de 100.000 francs au moment de son mariage ; pour que les conventions matrimoniales puissent l'avantager, ne faut-il pas qu'elle recueille, en définitive, plus de 100.000 francs ? Peut-on considérer comme un avantage le montant de son apport personnel ? Or, reçoit-elle plus de 100.000 francs ; Non, la liquidation de la communauté peut lui donner 25.000 francs au maximum : elle peut donc recueillir entièrement cette somme que la communauté légale n'a pas transformée en un avantage à son profit.

2^e Libéralité en usufruit ou en rente viagère.

215. Lorsque l'époux remarié a fait à son nouveau conjoint une libéralité en usufruit ou en rente viagère, dans certains cas, la première difficulté qui se présente est de savoir quelle est le montant que le donateur a entendu assigner à sa libéralité.

Ceci est une question de fait qui se résoudra surtout d'après les termes de l'acte.

Ainsi on décidera que le disposant a voulu donner seulement l'usufruit de la portion disponible de l'art 1098, s'il a été dit : « Les futurs époux se font donation réciproque, le premier mourant au survivant, de l'usufruit de tous les biens, meubles et immeubles, dont le premier

mourant pourra disposer » (1); ou encore « de l'usufruit de tout ce que la loi lui permet de disposer » (2).

Mais le disposant peut faire une libéralité en usufruit, dont le montant soit plus élevé que celui dont nous venons de parler, il peut donner non plus l'usufruit de son disponible, mais tout son disponible en usufruit; dans ce cas, il est nécessaire d'évaluer ce que vaut, en usufruit, la quotité disponible fixée en propriété par l'art. 1098 (généralement, on admet que l'usufruit vaut la moitié de la toute propriété). On pourrait admettre que telle a été l'intention de l'époux remarié, donateur, quand, par exemple, il a déclaré donner « son disponible en usufruit », ou encore, « tout l'usufruit dont la loi lui permet de disposer à ce titre »; « l'usufruit tel que la loi lui permettait de donner » (3); ou encore, « la jouissance viagère de tous les biens, meubles et immeubles qu'il délaissera, sauf, néanmoins, la réduction conformément à la loi, dans les cas qu'elle a prévus » (4).

217. Cette première difficulté résolue, une autre question très délicate doit être tranchée.

Lorsque la libéralité faite au nouvel époux est d'un usufruit ou d'une rente viagère, il est très difficile de prouver qu'elle dépasse la quotité disponible; il s'agit d'un droit viager soumis à une multitude d'incertitudes, dont l'évaluation pécuniaire, presque aussi difficile à déterminer que la durée, est toujours très incertaine.

(1) Poitiers, 27 mai 1851, D., 52. 2. 277. S., 52. 2. 1.

(2) *Journal Not.*, 1891, page 87.

(3) Cass., 1^{er} avril 1814, D., 44. 1. 342. S., 44. 1. 844.

(4) Douai, 22 mars 1836. *Recueil arr. de Douai*, t. 5, p. 187
D. J. G. *Dispos. entre vifs*, n° 922, note 1.

Il peut arriver cependant que de telles libéralités excèdent la quotité disponible fixée par l'art. 1098 !

Doit-on en cette matière appliquer l'art. 917 ?

218. Cet article décide que lorsque les arrérages d'une rente viagère ou les revenus d'un usufruit donné ou légué, excèdent la jouissance, le revenu de la quotité disponible, les héritiers réservataires ont l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible.

Nous croyons qu'il en est de même pour les libéralités de cette espèce, faites par un époux remarié ayant des enfants d'un premier lit au profit de son nouveau conjoint, et que l'art. 917 s'applique à l'art. 1098.

Et en effet, l'art. 917 a été édicté pour prévenir les contestations et les difficultés d'évaluation auxquelles donnerait lieu la recherche du rapport existant entre la valeur d'une libéralité en usufruit et le montant de la quotité disponible lorsque celle-ci est fixée par la loi en pleine propriété. Cette disposition est générale et doit s'appliquer à tous les cas où le législateur n'a déterminé qu'une seule quotité disponible en pleine propriété, c'est-à-dire dans tous les cas où la nécessité d'une évaluation pourrait se présenter ; cet article 917 s'applique nécessairement à l'art. 913. Or, l'art. 1098 établit une quotité disponible en pleine propriété, ce disponible est tout ou partie de celui de l'art. 913. Par conséquent, l'art. 917 doit régir l'art. 1098, comme il régit l'art. 913.

Mais, d'après l'opinion générale, l'art. 917 ne s'applique pas à l'art. 1094 ; comme cet article fixe aussi le disponible entre époux, ne semble-t-il pas que le législateur n'a pas voulu appliquer cet art. 917 aux dispositions entre époux en général ?

Mais si l'art. 917 n'est pas applicable à l'art. 1094, c'est que la difficulté à laquelle pourrait remédier cet art. 917, c'est-à-dire l'évaluation de l'usufruit, ne peut pas se présenter quand il s'agit de l'art. 1094, car cet article détermine lui-même la mesure à laquelle devront être réduites les dispositions d'usufruit faites entre les époux. Au contraire, la loi dans l'art. 1098, comme dans l'art. 913 fixe le disponible en pleine propriété ; donc l'art. 917 doit être appliqué, dans un cas comme dans l'autre, afin d'éviter l'évaluation arbitraire de l'usufruit faisant l'objet de la libéralité.

Dira-t-on qu'en appliquant l'art. 917 à ces espèces de libéralités, on dénature l'intention du disposant qui ne voulait donner qu'en viager et laisser la propriété des biens à sa famille ?

Tout d'abord si cette objection était fondée, elle prouverait beaucoup trop, elle s'appliquerait à toutes les libéralités en viager, sans distinction, même à celles qui portent atteinte à l'art. 913, et l'art. 917 se trouverait sans aucune application ! Or, est-il plus logique de soutenir que la règle de l'art. 917 s'applique à l'art. 913 et à l'art. 1098 ou qu'elle ne s'applique ni à l'un ni à l'autre de ces articles ?

219. Ce qu'il est vrai de dire c'est que la disposition de l'art. 917 n'est pas d'ordre public ; le donateur ou le testateur pourrait donc en interdire l'application ; mais cette interdiction ne pourrait résulter que d'une volonté clairement et expressément formulée. Ceci est une question de fait à trancher souverainement par les tribunaux : on pourrait donc, dans certains cas, prouver la volonté du disposant, de faire consister, en tous les cas, sa

libéralité en un usufruit. Dans cette hypothèse, il faudrait d'abord connaître quelle étendue le disposant a entendu donner à sa libéralité, s'il a voulu qu'elle ne dépassât pas l'usufruit de la quotité disponible ou s'il lui a assigné des limites plus vastes. Dans ce dernier cas, il y aurait lieu d'évaluer en propriété ce que vaut la libéralité faite en usufruit afin de pouvoir calculer si elle dépasse la quotité disponible, et la réduire s'il y a lieu.

220. Mais ceci n'empêche pas, qu'en principe, lorsqu'un époux remarié ayant des enfants d'un autre lit, fait au profit de son nouveau conjoint une libéralité en usufruit ou en rente viagère, si cette libéralité excède la jouissance, le revenu de la quotité disponible de l'art. 1098, les héritiers réservataires auront le droit ou d'exécuter cette disposition ou d'abandonner au nouvel époux la propriété de la quotité disponible de l'art. 1098 (1).

§ 2. — DE L'ACTION EN NULLITÉ.

221. Nous savons que si les donations directes ou indirectes qui excèdent la quotité spéciale de l'art. 1098 sont,

(1) En ce sens, AUBRY et RAU, t. 7, § 634 *bis*, p. 199. DEMOLOMBE, t. 19, n° 462. LAURENT, t. 15, n° 402. V. *journal. Not.* 1892, page 212

Douai, 22 mars 1836, précité. Cass. 1^{er} avril 1844, D., 44. 1. 342. S., 44. 1. 844. — Douai, 14 juin 1852. *Juris*, Douai, t. 10 p. 319. D., 53. 2. 89. S., 55. 2. 754. — Paris, 7 janv. 1870, S., 70. 2. 97. — Mamers, 3 août 1870, S., 71. 2. 20. — Angers, 22 fév. 1872, D., 72. 5. 352. S., 72. 2. 44. — Nancy, 4 mars 1873, D., 74. 2. 148. S., 74. 2. 6. — Cass. 1^{er} juillet 1873, S., 74. 1. 17. — Bastia, 17 janv. 1876, D., 78. 5. 365. S., 76. 2. 164. — Seine, 1^{er} décem. 1896, *Jour. Not.* 1897, page 151. — Lyon, 4 fév. 1897, *Jour. Not.* 1897, page 246.

En sens contraire. Amiens, 15 fév. 1822. S., 1822. 2. 25.

quant à cet excédant soumises à l'action en réduction, il n'en est pas de même des donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux ou faites à personnes interposées. Faites entre époux, ces dernières sont radicalement nulles, qu'elles excèdent ou non la quotité disponible (voir n° 98).

222. Il est nécessaire d'examiner quel est le caractère de l'action en nullité, qu'elles sont les personnes qui peuvent l'intenter, comment doit être faite la preuve du déguisement de l'acte ou de l'interposition de personnes.

N° 1. CARACTÈRE DE L'ACTION EN NULLITÉ,
PAR QUI ELLE PEUT ÊTRE EXERCÉE.

223. La loi, interprétée par la jurisprudence, admet en principe les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux ou faite par personnes interposées; mais entre époux, elle prohibe radicalement ce mode de disposer. Le législateur a présumé qu'en prenant une voie détournée pour avantager son conjoint, un époux a voulu atteindre un but mauvais, et qu'il a été poussé à cet acte par une influence occulte et pernicieuse.

Cette nullité est d'ordre public, par conséquent absolue. Comment en décider autrement lorsque l'on considère la cause pour laquelle le législateur a édicté sa prohibition ? Si la volonté du disposant a été pleine et entière, pourquoi a-t-il employé une voie déguisée ? Ne doit-on pas craindre qu'il n'ait été amené à l'employer par force, par ruse ou par un autre moyen de captation dont le mariage facilite l'emploi ? Et si pour couper court à toute tentative de ce genre, le législateur prohibe une espèce de libéralité, pourrait-on dire qu'il le fait en vue

d'autre chose que l'ordre public, que la *cause* de sa disposition n'est pas *absolument générale* ?

En considérant les termes de l'art. 1099 nous pouvons nous convaincre davantage encore que la nullité édictée est absolue et non relative. L'art. ne dit pas « *les donations* sont... nulles », mais « *toute* donation... est nulle » ; nous ne pouvons obéir à la loi qu'en les annulant *toutes*. Mais si elles sont toutes nulles, aucune d'entre elles n'est opposable à ceux contre lesquels elle aurait pu faire naître quelque droit ! Par conséquent, tous ceux à qui elles sont opposables peuvent se prévaloir de la nullité.

« Il est certain, en effet, que lorsque la nullité d'une donation a pour cause soit un vice de forme soit l'ordre public, elle peut être proposée par toute personne ayant intérêt. Or, telle est précisément la double cause de la nullité qui est prononcée par l'art 1099, soit pour vice de forme, le législateur ne reconnaissant pas comme valable entre époux cette forme de donation, soit par des considérations d'ordre public, afin de prévenir par une sanction énergique, les dangers considérables qui pourraient en résulter. Donc, la nullité, ainsi expliquée avec le caractère qui lui appartient, est proposable par tous les intéressés. » (1)

(1) DEMOLOMBE, t. 23, n° 615.

En ce sens. MARCADÉ, t. 1, sur 1099. n° 4. COLMET de SANTERRE, t. 4, n° 279 bis III. HUC, t. 6, n° 486. JULES JANET, en note sous Montpellier, 28 fév. 1876, D., 79. 2. 249. ARMAND BONNET, *Dispositions par contrat de mariage*, t. 3 n° 1094 et suiv. LABBÉ, en note sous arrêt 25 juillet 1881. J. P. 82. p. 113. BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n° 4114.

Montpellier, 28 février, 1876, déjà cité. — Caen. 31 déc. 1883, D., 87. 1. 169. (confirmé en cassation). — Rennes, 7 avril 1892, D., 92. 2. 245. V° motifs cas. Ch. civ. 22 mai 1882, D., 83, 1. 408.

La nullité pourrait donc être demandée par le donateur et, en son nom, par ses créanciers.

Mais ce n'est qu'à sa mort que ses héritiers pourraient exercer cette action, car c'est seulement à cette époque que naît leur droit sur les biens qui ont fait partie de la libéralité, et leur obligation comme héritiers du donateur.

Les intéressés sont non seulement les héritiers à réserve, mais tous les héritiers, le donateur lui-même, ses créanciers soit antérieurs, soit postérieurs à la donation, exerçant ses droits en vertu de l'art. 1166.

224. Cette théorie est repoussée par des auteurs et par des arrêts de jurisprudence qui admettent que l'action en nullité n'appartient qu'aux seuls héritiers réservataires et ne peut être exercée ni par le donateur, ni par ses créanciers, à moins que ces derniers ne soient antérieurs à la donation, et n'agissent en vertu de l'art. 1167.

Voyons quels sont les arguments fournis par cette opinion contraire à la nôtre :

Par l'art. 1099, la loi a voulu faire respecter la réserve, spécialement entre époux (1) ; elle a voulu assurer l'exercice du pouvoir de révocation des donations faites durant le mariage.

D'abord : la loi fait ainsi respecter les règles de la réserve ; la donation sera donc annulable ou non selon qu'elle entamera ou non la réserve : nous avons déjà essayé de réfuter cet argument, (voir n° 98). Nous ferons

(1) AUBRY et RAU, t. 7 § 690, p. 282.

Toulouse 1^{er} mars 1872, D., 73. 1. 474. — Nîmes, 27 nov. 1882, D., 83. 2. 224. — Cass. 22 juillet 1884, D., 85. 1. 164.

remarquer, en outre, que le vice qui cause la nullité d'un acte doit résider dans cet acte même ; l'acte, dès son origine, est nul ou il ne l'est pas, et cela pour toujours (1) Or le chiffre de la quotité disponible varie jusqu'au décès du donateur et ce serait de ce chiffre si variable que dépendrait la validité de la donation ? une nullité ne saurait être fondée sur une base aussi changeante, aussi incertaine.

Pour échapper à l'objection qui détruit cet argument, des auteurs et des arrêts (2) décident que les donations déguisées sont nulles pour le tout, qu'elles dépassent ou non la quotité disponible : mais ils reconnaissent que le législateur a édicté le principe de la nullité des donations dont il s'agit uniquement pour sanctionner les règles relatives à la réserve et à la quotité disponible, uniquement pour réprimer les fraudes par lesquelles on voudrait ainsi tourner ces règles.

Mais, si l'on admet que le seul motif de la disposition de l'art. 1099 est la protection de la réserve, cette dispo-

(1) « Comment concevoir une nullité dépendant d'un fait qui s'accomplit en dehors de l'acte, qui peut être ou ne pas être, et qui, par conséquent rendra l'acte nul ou valable selon qu'il arrivera ou qu'il n'arrivera pas ? Sans doute il est des cas où un contrat peut tomber par l'effet d'un événement ultérieur, mais alors, il y a révocation, résolution, résiliation, rescision et jamais annulation. Subordonner la validité ou la nullité de la donation à un excès de la quotité disponible, c'est évidemment introduire dans l'acte un vice qui n'y est pas ; car au moment où l'acte est passé, on ne peut pas dire qu'il y ait excès puisque nul ne connaît le chiffre de cette quotité ». (JULES JANET, en note sous Montpellier, 28 février 1876, précité).

(2) BOUTRY BOISSONNADE, *Donations entre époux*, n° 515. LAUTH, *De la quotité disponible entre époux* n° 315. LAURENT, t. 15, n° 408.

sition ne s'appliquera pas quand il n'y aura pas lieu à réserve : et on peut faire à ce système la même objection qu'au système précédent ; car que l'on fasse dépendre la nullité, de l'excès de la libéralité sur la quotité disponible, ou de l'existence d'héritiers réservataires, on la fait toujours résulter d'un évènement futur et incertain.

Nous avons vu que, pour certains, la nullité édictée par l'art. 1099 avait encore un autre motif, lorsqu'il s'agissait de donations faites, pendant le mariage, sous un déguisement ou par interposition de personne : la répression de l'atteinte portée par cette espèce de libéralités à la règle de l'irrévocabilité des donations posée par l'article 1096. L'époux donateur pourrait donc demander la nullité des donations déguisées faites pendant le mariage. (1)

Pour que ceci soit exact, il faut qu'une atteinte soit portée à la règle de l'art. 1096. Or, il est généralement admis que les donations déguisées ou faites à personnes interposées pendant le mariage sont révocables tout aussi bien que les donations directes (2). La révocabilité des donations faites pendant le mariage est une condition essentielle de validité, attachée à la libéralité elle-même et non à la forme sous laquelle elle peut être faite. Il importe peu qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, ou faite à personne interposée, elle n'en est pas moins une donation entre époux, révocable par application de l'art. 1096. Cette règle de la révocabilité

(1) Paris, 24 avril 1869, D., 70. 2. 221. — Caen, 1 décembre 1870, D., 72. 2. 205. — Cas. 25 juillet 1881, D., 82. 1. 177.

(2) Cas. 16 avril 1850, S., 1. 591. — Cas. 22 janv. 1873, D., 73. 1. 273.

des donations est d'ordre public, les époux ne peuvent y renoncer, ni dans leur contrat de mariage, ni pendant le mariage, et on violerait ce principe en décidant que les époux ont pu, par une voie déguisée, rendre une donation irrévocable. Les époux ne pouvant donc porter atteinte à la règle de l'art. 1096 par le déguisement de l'acte et l'interposition de personnes, il est impossible que la loi ait annulé les donations dont parle l'art. 1099 parce qu'elles violeraient l'article 1096.

225, En définitive, l'art. 1099 n'est pas uniquement la sanction directe des art. 1094, 1096, 1098 ; il est évident qu'indirectement le premier de ces articles fait respecter les trois derniers ; mais le législateur a voulu, par le second alinéa de l'art. 1099, maintenir la dignité et la pureté de l'union conjugale et empêcher que les donations entre époux, au lieu d'être l'expression de la volonté libre du donateur, pussent être l'effet, soit de la captation, soit de l'abus d'autorité de la part du mari. On ne peut pas soutenir que le législateur a pris cette décision seulement pour certains motifs particuliers, tels que : la protection des héritiers réservataires en général ou des enfants d'un premier lit en particulier, la sauvegarde du principe de la révocabilité de certaines donations, la difficulté de découvrir la fraude. Ces motifs particuliers ont peut-être contribué à affermir le législateur dans sa volonté de prohiber ce mode de disposer, mais ce qui a été la cause de sa résolution, c'est le dessein de garantir les époux contre les dangers de la captation et de la suggestion, et de les punir d'avoir employé ce mode détourné de s'avantager : sa disposition écrite dans un texte absolu, basée sur une raison d'ordre public, est donc générale, sa nullité absolue.

L'action en nullité peut donc être exercée par les enfants du premier lit contre toutes les libertés déguisées et par personnes interposées, que leur auteur remarié aurait faites au profit de son nouvel époux.

N° 2. — PREUVE DU DÉGUISEMENT DE L'ACTE OU DE
L'INTERPOSITION DE PERSONNES.

226. La preuve du déguisement ou de l'interposition de personnes doit être faite par celui qui exerce l'action en nullité; une fois cette preuve faite, sa tâche est accomplie: la libéralité est annulée par la loi elle même.

227. Quant à la preuve même du déguisement ou de l'interposition, elle peut, conformément à l'art. 1353 être faite par tous les moyens possibles, par témoins et même par présomptions (1)

En effet, il est admis, en doctrine et en jurisprudence, que lorsqu'il s'agit d'une fraude à la loi, tous les moyens de preuve peuvent être employés; or, par cette voie détournée du déguisement ou de l'interposition, les parties ont voulu frauder la loi qui interdit d'une manière formelle ce mode de dispositions entre époux.

Un époux ayant fait une donation déguisée à son conjoint, peut donc prouver la simulation et demander la nullité par présomption résultant de circonstances graves et concordantes (2). Une telle présomption de simulation résulte, par exemple, de ce que le mari a admis sa

(1) MARCADE, t. 4, sur l'art. 1100. LAURENT, t. 15, n° 412.
Orléans, 23 fév. 1861. D., 61. 9. 88. — Toulouse, 26 fév. 1861., S., 61.
2. 327. D., 61. 2. 58. — Cas. 22 janv. 1873., D., 73. 1. 473.

(2) Cas. 22 janv. 1873, précité.

femme à concourir avec lui dans une acquisition d'immeubles, alors que mariée sous le régime de séparation de biens, cette femme ne possédait rien lors de son mariage et qu'elle ne peut justifier d'acquisition de valeurs à l'aide desquelles elle eût pu acquitter le prix de vente ; ou bien de ce qu'un immeuble a été acheté conjointement par les deux époux mariés sous le régime dotal, alors que la femme, n'ayant aucune ressource qui lui fût propre, n'eût pu payer la portion du prix qui la concernait qu'avec les revenus de l'association conjugale, revenus qui sont la propriété du mari.

228. Dans certains cas cependant le demandeur en nullité n'aura pas à prouver l'interposition. En effet, le législateur a établi *certaines présomptions légales d'interposition de personnes* qui dispensent de toute preuve celui au profit duquel elle existe et contre laquelle nulle preuve contraire n'est admise (2) (art. 1352).

L'article 1100 s'exprime ainsi :

« Seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux est héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire ».

229. La loi répute donc personnes interposées par rapport au nouveau conjoint :

1^o — 230. *Les enfants ou l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage.*

(2) AUBRY et RAU. t. 7, § 690, p. 280. DEMOLOMBE. t. 17, n^o 671. HUC. t. 6, n^o 487.

Enfants est un terme technique qui signifie non seulement les enfants, au sens strict du mot, mais tous les descendants en quelque degré qu'ils soient (art. 914): quoique les présomptions légales doivent être interprétées le plus strictement possible, il n'y a aucune raison pour admettre que le Code a voulu déroger dans cette hypothèse spéciale au sens qu'il donne généralement au mot enfant (1).

Issus d'un autre mariage, par conséquent il s'agit d'enfants que le conjoint donataire a eu de lits précédents: les enfants d'un premier lit sont donc réputés personnes interposées entre leur auteur remarié et son nouvel époux. La présomption ne s'applique pas aux enfants communs issus du mariage entre le donateur et son conjoint et cela se comprend facilement, car dans ce dernier cas, les qualités respectives du disposant et de l'enfant donataire justifient la donation et garantissent sa sincérité, il faut bien, d'ailleurs, que les parents puissent doter et établir leurs descendants, et on eût frappé les enfants communs d'une incapacité personnelle de recevoir de leur père et de leur mère, si on leur avait appliqué la disposition de l'art. 1100, ce qui n'avait aucune raison d'être. La présomption légale n'atteint jamais ces enfants, même si l'un des époux en succédant à l'un d'entre eux, profitait ainsi de la libéralité qui lui avait été faite par l'autre époux.

(1) AUBRY et RAU., t. 7 § 690, page 280, note 29. DEMOLOMBE. t. 23, n° 619. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n° 4116. HUC. t. 6, n° 487. MARCADÉ. t. 4, sur l'art. 1100. LAURENT. t. 15, n° 409. Caen, 6 janv. 1845. D., 45. 2. 115. S., 45. 2. 393. — Agen, 5 déc. 1849. D., 50. 2. 104. S., 50. 2. 74.

Issus d'un autre mariage, ce membre de phrase s'applique-t-il aux enfants du nouvel époux qui ne sont pas issus d'un autre mariage, c'est-à-dire à ses enfants naturels? On pourrait répondre négativement à cette question, en appliquant judaïquement les termes de l'art. 1100 : en effet les enfants naturels ne sont pas issus d'un autre mariage du nouvel époux (1). Nous croyons que la solution doit être autre ; il faut, en effet, pour interpréter une disposition législative, consulter l'esprit de la loi, l'intention du législateur : Or, les termes de l'art. 1100 « enfants issus d'un autre mariage », veulent par antithèse, exclure seulement de la présomption légale d'interposition les enfants issus du mariage même, parce que la donation faite aux enfants communs est réputée provenir de l'affection d'un époux pour ses enfants et non du désir d'avantager indirectement son conjoint ; mais en dehors de ce cas, il ressort avec évidence de l'art. 1100 tout entier, que la loi veut considérer, comme personne interposée, celle qui est unie avec un époux par des liens de parenté tels, qu'il est à présumer que la donation faite directement à cette personne était destinée à l'époux. N'y a-t-il pas même raison de considérer comme faite à la mère, la donation au profit de son enfant naturel, né avant le mariage, et celle dont, par hypothèse, serait gratifié son enfant issu de son premier mariage. (2)

(1) LAURENT. t. 15, n° 409.

(2) En ce sens : AUBRY et RAU. t. 7, § 690, page 280, texte et note 29. DEMOLOMBE. t. 23, n° 618. HUC. t. 6, n° 487. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN. t. 2, n° 4117. MARCADÉ. t. 4, sur l'art. 1100.

Amiens, 22 déc. 1838, D., 39. 2. 48. S., 39. 2. 254. — Cass. Req., 25 juillet 1881, D., 82. 1. 271. S., 82. 1. 417.

2° — 231. *Les personnes dont le conjoint de l'époux donateur est héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait pas survécu à son parent donataire.*

Héritier présomptif : il faut donc que les liens qui unissent l'époux du donateur et le donataire soient tels, que, si au moment où la donation est faite, ce donataire venait à décéder, le conjoint de l'époux donateur ait droit à sa succession comme héritier.

Au jour *de la donation* : ce mot « donation » ne doit-il s'entendre, stricto sensu, que d'une disposition entre vifs, ou bien s'applique-t-il également aux libéralités testamentaires ? L'art. 1100 n'est que la suite, l'application de l'alinéa second de l'art. 1099, qui, sous ce terme donation, comprend évidemment tous les modes de disposer à titre gratuit. Il n'y a d'ailleurs aucun motif de distinguer au point de vue de la présomption établie par la loi entre ces deux modes de disposer et la présomption légale eût été rendue presque illusoire, si on l'avait appliquée seulement aux donations entre vifs.

D'autre part, ce mot « donations » s'applique à toutes les libéralités faites par un époux aux personnes indiquées plus haut, soit pendant le mariage, soit même par contrat de mariage (2), vainement on voudrait se prévaloir de ce que ce contrat intéresse non seulement l'époux donataire mais encore les deux familles entre lesquelles l'alliance

(1) DEMOLOMBE. t. 23, n° 622; MARCADÉ. t. 4, sur l'art. 1100.

(2) Dijon, 7 mars 1866. D., 66. 2. 91. S., 66. 2. 314. — Paris, 24 avril 1869. D., 70. 2. 221. S., 69. 2. 288.

a été contractée, vainement on opposerait une correspondance émanée du donateur, dans laquelle il aurait reconnu que la donation a été faite par lui uniquement dans l'intention de favoriser le donataire apparent, vainement on démontrerait par toutes les circonstances et documents de la cause que l'époux donateur n'a pas eu l'intention de favoriser son conjoint (1) : le terme employé par l'article est absolu et s'applique dans tous les cas, à toutes les donations.

Au jour de la donation. La loi présume que l'époux a voulu faire une donation à son conjoint : elle doit donc se référer à l'état des choses existant au moment où le donateur a manifesté sa volonté, c'est-à-dire au jour où a été faite la donation entre vifs ou testamentaire. Il résulte de ceci que lorsqu'il s'agit d'une donation testamentaire, il faut se placer au jour où a été fait le testament (2), et non au jour du décès. Il en résulte encore qu'il y a présomption légale d'interposition de personnes quand, au moment de la donation, l'époux est héritier présomptif du donataire, alors même qu'il ne viendrait pas à la succession de ce donataire. Mais la présomption légale n'existerait pas, si, l'époux n'était pas héritier présomptif, au moment de la donation et s'il l'était devenu seulement depuis cette époque.

Encore que l'époux n'ait point survécu à son parent donataire. Ceci est une application de ce qui vient d'être dit : il faut uniquement se placer au jour de la donation et examiner, si, à ce moment le nouvel époux est héritier

(1) Lyon, 14 mai 1880. Pand. franç., t. VI. 2. 48. S., 81. 2. 38.

(2) DEMOLOMBE, t. 23, n° 622. MARCADÉ, t. 4 sur l'art. 1100.

présomptif du donataire ; les événements qui empêchent l'époux de venir à la succession de ce dernier, ne font pas obstacle à l'existence de la présomption légale : la loi, il est vrai, ne parle que d'un seul de ces événements, du prédécès, parce que c'est le cas ordinaire dans lequel l'héritier présomptif n'arrive pas à la succession, mais il ne faudrait pas conclure de là, que la présomption légale cesse quand l'époux, ayant survécu au donataire, n'est pas venu cependant à la succession. La présomption existe quelle que soit la cause qui empêche le conjoint de succéder au donataire : son indignité ou sa renonciation comme son prédécès. La cause de la présomption est la même pour tous les cas où le conjoint était héritier présomptif au jour de la donation (1).

3° — 232. Nous avons vu quelles sont les personnes que l'art. 1100 répute interposées. N'y a-t-il pas cependant des hypothèses où ces personnes, quoiqu'elles aient reçu une libéralité de l'un des époux (et spécialement de l'époux remarié ayant des enfants d'un autre lit), ne devraient pas être présumées personnes interposées à l'égard de l'autre conjoint ?

On doit répondre affirmativement à cette question. Il y a des cas où on ne trouve plus la cause de la présomption d'interposition, où il est impossible que le bénéficiaire apparent transmette sa libéralité au conjoint du donateur. Alors, la base essentielle de la présomption d'interposition fait défaut, cette présomption est impossible, et,

(1) AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 279, texte et note 27. DEMO-
LOMBE, t. 23, n° 621. HUC, t. 6, n° 487, 4°. LAURENT, t. 15, n° 410.

malgré la généralité de ses termes, l'art. 917 est inapplicable (1).

Cela se présentera quand la libéralité est faite par un époux à l'enfant du premier lit de son conjoint après le décès de ce dernier (2) ou encore quand la libéralité a été faite par l'un des conjoints à l'une des personnes réputées interposées par l'art. 1100, sous la condition suspensive de la survivance de cette personne à l'autre conjoint ; ou bien si une rente viagère a été léguée à l'un des enfants du premier lit du conjoint avec la clause qu'elle n'aura cours qu'au décès de ce dernier.

233. Nous résumerons ainsi ce que nous avons dit sur la preuve du déguisement de l'acte ou de l'interposition de personnes. La preuve du déguisement de l'acte doit toujours être faite par le demandeur ; quant à l'interposition, il faut distinguer entre l'interposition de fait et l'interposition présumée : la première doit être prouvée par le demandeur, la preuve de la seconde est faite par la loi elle-même.

(1) AUBRY et RAU, t. 7, § 690, page 279. DEMOLOMBE, t. 18, n° 663. LAURENT, t. 15, n° 411. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, n° 4121.

(2) HUC, t. 6, 487, 5°. BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, t. 2, 4122.

TITRE SECOND.

SITUATION SPÉCIALE DES ENFANTS D'UN PREMIER LIT EN FACE DE L'USUFRUIT LÉGAL DU CONJOINT SURVIVANT

234. Dans tout le cours de notre étude sur l'art. 1098, afin de ne pas trop enchevêtrer les questions, nous avons fait abstraction de la loi du 9 mars 1891, nous n'y avons même pas fait allusion, et cependant le législateur a encore protégé l'intérêt des enfants issus d'une première union, dans ses dispositions sur l'usufruit du conjoint survivant.

La loi, en organisant le droit successoral en usufruit de l'époux survivant, n'a pas oublié qu'en présence de cet époux pourraient se trouver d'autres personnes dont la situation intéressante devait être l'objet de dispositions spéciales.

Il importait d'abord, au point de vue du montant de l'usufruit d'établir une différence entre le cas où l'époux survivant ferait porter son droit de jouissance sur les biens de ses enfants propres et celui où il devrait jouir

des biens d'enfants issus d'une première union de son conjoint décédé ; aussi la quotité de cet usufruit légal n'est-elle pas la même dans les deux hypothèses : dans le premier cas, elle est « *d'un quart* » ; dans le deuxième, d'une « *part d'enfant légitime le moins prenant sans qu'elle puisse excéder le quart.* »

Il peut arriver, en second lieu, que le conjoint survivant convole à de secondes noces ; la loi ne devait pas permettre qu'il alimentât une autre famille avec les revenus des biens appartenant aux enfants de son époux décédé, et qui sont quant à lui issus d'une précédente union ; elle décide que : « *en cas de nouveau mariage l'usufruit du conjoint cesse, s'il existe des descendants du défunt.* »

235. Étudions le montant spécial de l'usufruit en présence des enfants d'un précédent lit de l'époux décédé, puis la déchéance de l'usufruit établie en faveur des enfants de cet époux.

CHAPITRE PREMIER.

Montant de l'usufruit du conjoint survivant, en présence d'enfants d'un précédent mariage de l'époux décédé.

236. La rédaction de l'alinéa 4 de l'art. 767 a été évidemment inspirée par l'art. 1098.

Nous pourrions donc sur beaucoup de questions nous reporter à ce qui a été dit sur ce dernier article.

Examinons d'abord à quelles personnes s'applique l'alinéa 4 de l'art. 767.

§ I. — PERSONNES AUXQUELLES S'APPLIQUE
L'ALINÉA 4 DE L'ART. 767.

237. La loi, d'une part, envisage le *conjoint survivant* soit le mari, soit la femme, non divorcé et contre lequel n'existe pas de jugement en séparation de corps passé en force de chose jugée.

238. D'autre part : *les enfants légitimes que le défunt a d'un précédent mariage.*

Enfants. Le terme enfants quoique employé au pluriel, s'applique avec évidence à un ou plusieurs enfants, c'est une expression générique qui comprend les petits-enfants et tous les descendants issus d'autres mariages ; néanmoins ils ne sont comptés que pour l'enfant dont ils sont issus.

Enfants légitimes. Il s'agit évidemment d'enfants légitimes, et si cela peut faire quelque difficulté pour l'art. 1098, ici la loi, s'expliquant d'une manière plus expressive, applique seulement sa disposition aux seuls enfants nés d'un précédent mariage : telle n'est pas la situation des enfants naturels ou adoptifs. Aux enfants légitimes, il faut assimiler les enfants légitimés, car les enfants légitimés par le précédent mariage ont les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage (art. 333).

En d'autres termes : il n'y a lieu à la disposition spéciale de l'art. 767, que seulement dans le cas où il existe au moins un enfant légitime (ou légitimé), né d'un premier lit ; mais l'article s'applique évidemment aussi lorsqu'il existe au moins un de ces enfants et en plus des enfants naturels ou adoptifs, ou encore nés du second lit.

Que le défunt a d'un précédent mariage : ici se repré-

sente la difficulté examinée au n° 85. Nous croyons qu'elle doit être résolue dans le même sens : l'art. 767 ne s'applique que si des enfants du premier mariage viennent à la succession, et seuls ces derniers doivent être comptés pour le calcul du montant de l'usufruit légal, on ne doit pas tenir compte des enfants indignes ou renonçants.

D'un précédent mariage : quelque soit le nombre des mariages antérieurs du cujus, l'art. 767 s'applique du moment où il existe un seul enfant légitime issu de l'une de ces unions. Encore faut-il que cet enfant soit issu d'une union conclue par le défunt avec une autre personne que le conjoint survivant actuel. Et, si, par hypothèse, ce conjoint survivant et le cujus ayant des enfants nés d'un mariage contracté entre eux puis brisé par le divorce s'étaient ensuite remariés ensemble, ils auraient au sens strict du mot, des enfants nés d'un précédent mariage : le conjoint survivant aurait cependant droit à l'usufruit d'un quart. Lorsque, en effet, le législateur dit dans l'alinéa 3 : le droit d'usufruit est « d'un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage » et dans l'alinéa 4 « d'une part. . . si le défunt a des enfants nés d'un précédent mariage », il veut exprimer cette idée que le montant de l'usufruit sera « d'un quart », quand il existera seulement des enfants communs, c'est-à-dire issus du défunt et du conjoint survivant, et « d'une part... » quand il existera des enfants propres au défunt. Il n'y avait juridiquement et moralement aucune raison pour établir une différence entre les enfants nés d'un premier mariage brisé par le divorce et ceux d'un second mariage contracté entre les mêmes personnes, tandis qu'il était de toute nécessité d'en établir

une entre les enfants communs et les enfants propres au défunt qui ne sont que des étrangers par rapport à ce conjoint survivant.

§ 2. — MONTANT DE L'USUFRUIT ÉTABLI PAR L'ALINÉA 4.

239. Le montant de l'usufruit est égal à *une part d'enfant légitime le moins prenant* sans que cependant il puisse excéder *le quart*.

Cette part dont parle l'article est celle que l'enfant qui prend le moins avait le droit de recueillir, et non pas celle qu'il recueille en fait (v. n° 116).

I. — 240. Quel est le sens de l'expression « *une part d'enfant légitime le moins prenant* » ?

Toute cette partie de l'article règle une certaine quotité d'usufruit; or, en disant qu'elle est d'une part d'enfant, le législateur exprime cette idée que : *l'usufruit dont il s'agit est égal à la part de l'enfant le moins prenant en usufruit*, car du moment où il veut établir une quotité en jouissance, il ne peut évidemment prendre pour terme de comparaison, une quotité en propriété ou en nue-propriété. Il est nécessaire qu'il compare ce droit en usufruit à un autre droit en usufruit; le montant du droit légal de jouissance n'est donc pas égal à une part d'enfant en propriété ou en nue-propriété, mais à la part que l'enfant le moins prenant recueille en usufruit; il découle une conséquence toute naturelle de ceci, c'est que, dans le cas qui nous préoccupe, lorsqu'il s'agit de calculer le montant de l'usufruit du conjoint survivant,

une part d'enfant, il faut d'abord faire le partage de l'usufruit, puis le partage de la nue propriété (1).

241. Dans le partage de l'usufruit, pour connaître la part d'enfant, quotité à laquelle a droit le conjoint survivant, il faut absolument considérer l'époux comme un enfant de plus (2).

Ainsi supposons que le défunt ait laissé quatre enfants du premier lit; il n'a fait aucune libéralité; il n'y a qu'un moyen de calculer la part d'enfant, c'est d'ajouter au nombre réel des enfants une unité représentant l'époux. Faisons d'abord le partage de l'usufruit; la part d'usufruit de l'enfant qui prend le moins est de $\frac{1}{5}$: le conjoint a droit à $\frac{1}{5}$ et chaque enfant à $\frac{1}{5}$ en usufruit. Quant à la nue-propriété de la succession, le conjoint survivant n'y a aucun droit: chaque enfant a donc droit à $\frac{1}{4}$ de cette nue-propriété. En définitive le conjoint a droit à $\frac{4}{20}$ en usufruit, et chaque enfant à $\frac{4}{20}$ en pleine propriété et à $\frac{1}{20}$ en nue-propriété (3).

(1) Voir LAMACHE, *op. c.*, n° 21.

(2) Mais considérer le conjoint comme un enfant de plus, n'est-ce pas contradictoire avec ce que nous avons dit en étudiant l'art. 1098; nous disions alors que lorsque la quotité disponible fixée par cet article est égale à une part d'enfant, il ne faut pas considérer le conjoint comme un enfant de plus? Nous ne le croyons pas; en effet, nous avons dit que lorsque la libéralité était indéterminée, lorsqu'elle était d'une part d'enfant, par exemple, il était indispensable d'assimiler le conjoint survivant à un enfant de plus pour déterminer le montant même de la libéralité et que, par ce fait même, la quotité disponible était établie; or, on se trouve dans l'hypothèse actuelle devant une situation assimilable à celle-là. La loi établit au profit du conjoint survivant une disposition dont le montant est indéterminé, il faut absolument, pour le déterminer, considérer le conjoint comme un enfant de plus.

(3) Voici un autre exemple: Le défunt laisse un enfant naturel et quatre enfants d'un précédent lit. Considérons le conjoint comme

242. Quelles sont les autres personnes qui doivent faire nombre pour la détermination de cette part ?

Ce sont toutes celles qui venant à la succession du de cujus doivent être comprises dans le partage de cette succession; par conséquent: Les enfants issus d'un précédent mariage et de l'union qui vient d'être dissoute, ou légitimés par ces mariages, leurs descendants, les enfants adoptifs et naturels.

II. — 243. Selon les termes mêmes de l'article, le montant de l'usufruit n'est pas toujours égal à une part d'enfant: il peut être aussi égal *au quart*: le législateur n'ayant pas voulu que la part d'enfant continuât d'être prise comme base, lorsqu'elle est supérieure au quart de la masse calculée suivant le mode que nous allons indiquer.

§ 3. — MASSE DES BIENS SUR LAQUELLE DOIT ÊTRE
CALCULÉ LE DROIT D'USUFRUIT

244. « Le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les biens existant au décès du de cujus auxquels seront réunis fictivement ceux dont il aura disposé, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire au profit de successibles, sans dispense de rapport. »

un enfant de plus. Quant à l'usufruit, l'enfant naturel, s'il était légitime aurait droit à $\frac{1}{6}$: il a seulement droit à la moitié de cette part soit $\frac{1}{12}$. Il reste $\frac{11}{12}$ ou $\frac{55}{60}$ à partager: soit $\frac{11}{60}$ à chaque enfant légitime et $\frac{11}{60}$ en usufruit au conjoint survivant. Quant à la nue-propriété, le conjoint survivant n'a plus rien à réclamer, l'enfant naturel a donc droit à $\frac{1}{3}$: ² soit $\frac{1}{10}$ il reste $\frac{9}{10}$ ou $\frac{36}{40}$ à partager entre les quatre enfants légitimes. En définitive le conjoint survivant a droit à $\frac{22}{120}$ en usufruit, l'enfant naturel à $\frac{40}{120}$ en propriété et $\frac{2}{120}$ en nue propriété, chaque enfant légitime à $\frac{22}{120}$ en propriété et $\frac{5}{120}$ en nue-propriété.

245. Le calcul est donc fait conformément à ce qui a été dit concernant la quotité disponible de la première partie de l'art. 1098. Pour l'art. 767 comme pour l'art. 1098, on ne rapporte pas à la succession les biens donnés à des étrangers ou à des héritiers avec dispense de rapport.

En ce qui touche la « part d'enfant le moins prenant » cela n'est que juste : cette part doit être calculée seulement sur une masse composée de biens dont l'enfant qui prend le moins a le droit de recueillir quelque part.

246. Mais au contraire « le quart » que l'art. 767 assigne comme limite la plus grande à l'usufruit du conjoint survivant n'est pas calculé sur la même masse que « le quart des biens » fixé par l'art. 1098 comme le disponible le plus élevé entre époux, quand il y a des enfants d'un précédent lit ; dans ce dernier cas, nous avons dit qu'il fallait appliquer l'art. 922 ; l'art. 767 détermine au contraire « le quart » d'après « une conception absolument nouvelle dans nos lois » (1).

247. Il faut remarquer aussi qu'en ce qui concerne la part d'enfant, il est une libéralité que nous ne faisons pas rapporter fictivement quand il s'agit de l'article 1098 et qui doit l'être cependant pour l'application de l'art. 767 ; c'est la libéralité faite au conjoint : cette différence se comprend facilement ; en présence de l'art. 1098, les successibles ayant reçu quelque libéralité sans dispense de rapport doivent seuls la rapporter, or, l'époux n'est que donataire ou légataire, et ne doit pas être distingué des autres donataires et légataires étrangers dont on

(1) BAUDRY LACANTINERIE, t. 2. n° 131 ter.

n'exige pas le rapport fictif; en présence de l'art. 767 le conjoint est successible, or, l'art. dit que les libéralités faites au profit de successibles sans dispense de rapport doivent être réunies fictivement à la masse des biens.

Le conjoint survivant devrait donc rapporter fictivement toutes les libéralités directes ou indirectes qui lui ont été faites par le défunt; en particulier, lorsqu'il existe des enfants d'un premier lit du défunt, l'époux survivant devrait rapporter les avantages que lui ont procurés les conventions matrimoniales: les motifs de cette décision sont les mêmes que ceux que nous avons déjà exposés en recherchant si ces avantages indirects devaient être rapportés pour le calcul de la quotité disponible de l'art. 913. (Voir n° 155).

248. Le conjoint survivant dont l'usufruit est, selon les cas, égal à une part d'enfant ou au quart, ne peut pas, dans toutes les hypothèses, exercer intégralement ce droit d'usufruit légal.

L'alinéa 7 dit en effet :

« Mais l'époux survivant ne pourra exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire, et sans préjudice aux droits de réserve ni aux droits de retour ».

Puis l'alinéa 8 :

« Il cessera de l'exercer dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit » (1)

(1) Lorsque le conjoint survivant a reçu du défunt une libéralité

249. Au sujet de l'imputation des libéralités faites au conjoint survivant, il est une particularité qui ne peut exister qu'en cas d'existence d'enfants d'un précédent mariage du prédécédé ; nous faisons allusion aux avantages résultant des conventions matrimoniales. Lorsqu'il y a des enfants d'un précédent mariage du défunt, les avantages que ces conventions ont procuré au nouvel époux, sont considérés par la loi comme de véritables libéralités, du moins quand l'intérêt des enfants du premier

en pleine propriété, l'imputation de cette libéralité sur un droit en usufruit présente de sérieuses difficultés.

Voici la théorie admise par la plupart des auteurs et par la jurisprudence :

HUC t. 5, n° 129. BAUDRY LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, t. 1, n° 829. LAMACHE, *op. cit.* 51. BOUVIER BANGILLON, *Revue générale* 1892, p. 148. ZEGLIICKI, *Revue critique* 1892, p. 183.

Seine, 11 juillet 1893, D., 94. 2. 105. — Bourges, 22 janvier 1895, *Lois nouvelles*, 1895. 2° partie, n° 75.

Il faut, pour faire cette imputation, considérer non seulement le revenu de la libéralité, mais la valeur intégrale de la donation, il faut évaluer ce que, en usufruit, représente le capital donné en propriété.

La décision du tribunal de Bourges approuve un moyen pratique de mettre cette théorie à exécution. Il faut :

Rechercher quelle somme en usufruit représente le capital donné et pour cela prendre pour base de cette évaluation, le taux correspondant à l'âge de l'intéressé qu'admettent uniformément les grandes compagnies d'assurances, c'est-à-dire rechercher quelle rente servent ces grandes compagnies quand une personne de l'âge du conjoint survivant leur aliène un capital égal au montant de la donation.

Constater le revenu moyen des valeurs de la succession.

Calculer d'après ce revenu, quelle somme de la succession il faudrait aliéner actuellement en capital pour obtenir la même rente (que celle qui serait servie par la Compagnie d'assurances).

Déduire cette somme, ce capital de celui sur lequel le survivant est admis à exercer son droit successif. (Voir un exemple plus loin, n° 249, note).

lit l'exige. Or, dans notre hypothèse, cet intérêt demande impérieusement que les avantages dont il s'agit soient imputés sur le droit d'usufruit accordé à ce nouvel époux par la loi du 9 mars 1891 : cette conclusion n'est que la conséquence toute naturelle du principe que nous avons adopté et développé ailleurs (Voir n° 114 et suiv.) (1). Car, en effet dès l'instant où on assimile ces avantages à des

(1) M. Foiret, dans son étude sur l'article 1496 (Voir n° 117, note), après avoir admis le principe opposé, qui veut que l'avantage indirect dont il s'agit n'ait pas le caractère d'une donation sujette à réduction, semble appliquer notre théorie, lorsqu'il traite des relations des articles 1496 et 767.

Et en effet, il suppose que :

I. Un actif de communauté est égal à 200.000 fr. Le mari décède le premier laissant deux enfants du premier lit, il a des propres immobiliers pour 36.000 fr. La communauté a payé 80.000 fr. de dettes personnelles à la femme.

Au moyen de calculs expliqués aux n°s 242 et suivants, nous trouvons que l'avantage indirect reçu par la femme est de 40.000 fr.

M. Foiret, admettant ici que cet avantage est assimilé à une libéralité, le rapporte fictivement à la masse pour calculer le montant de la quotité disponible, il dit : cette quotité disponible est de 44.000 c'est-à-dire du quart de 176.000 fr. (100.000 moitié de la communauté + 36.000 + 40.000).

Puis, admettant encore que l'avantage est une libéralité, il l'impute sur le montant du droit en usufruit, il dit : la femme peut exercer son usufruit sur 4.000 fr.

Il faut ici remarquer avec soin que d'après la théorie admise par la plupart des auteurs et la jurisprudence, lorsque le conjoint survivant a reçu de son époux prédécédé une libéralité en propriété, il faut pour cette imputation considérer non seulement le revenu de cette libéralité, mais la valeur intégrale de la donation, si nous usons du moyen exposé en note (n° 248, note 1) : La part de succession sur laquelle le conjoint doit faire porter son droit d'usufruit est de 44.000 fr. Il a reçu du de cujus un avantage en pleine propriété de 40.000 fr. Il est constaté qu'à l'âge du conjoint survivant, les compagnies d'assurances constituent les rentes viagères au taux uniforme de 5.70 %, de sorte qu'en aliénant en viager le capital qui lui a été

donations proprement dites, il faut non seulement les imputer sur la quotité disponible fixée par l'art. 1098,

donné en pleine propriété, le conjoint survivant se procurerait à ce taux une rente de 2.280 fr.

Le revenu moyen des biens de la succession est de 4,20 %.

Il faudrait d'après ce revenu aliéner une somme de 54.280 fr. pour obtenir une rente de 2.280 fr.

Donc la donation de 40.000 fr. en pleine propriété équivaut pour le conjoint survivant à l'usufruit de 54.280 fr.

Or il ne peut faire porter légalement son usufruit que sur 44.000 fr. : il en résulte qu'il ne peut jouir des 4.000 fr. qui sont cependant disponibles d'après l'art. 1098, et cela parce que l'art. 767, alinéa 8 l'ordonne ainsi.

De plus, si on appliquait intégralement le système qui admet que l'avantage matrimonial n'est pas une libéralité, voici quels seraient les résultats :

Les 40.000 fr. reçus par le conjoint survivant ne constituant pas une libéralité, ne sont pas imputables sur la quotité disponible, ni sur la part héréditaire en usufruit du conjoint : cette vocation héréditaire peut donc s'exercer intégralement puisque le conjoint n'a pas reçu du défunt de libéralité qu'il doive imputer sur sa part héréditaire.

Nous calculerons le montant de l'usufruit sur la masse des biens existant au décès, il ne peut être question ici de rapport fictif de libéralité : Donc l'usufruit porte sur 136.000 fr. : 4 = 34.000 fr.

La communauté appartiendra donc : à la veuve pour 100.000 fr. et aux enfants pour 100.000 fr.

La succession du mari (136.000 fr.) appartiendra :

Aux enfants pour 102.000 en propriété.....	102.000 fr.
et pour 34.000 fr. en nue propriété..	} 34.000 fr.
et la veuve pour 34.000 fr. en usufruit.....	
	136.000 fr.

II. M. FOIRET suppose ensuite, que dans le dernier exemple, le défunt a institué un légataire universel.

L'avantage indirect fait au conjoint est de 40.000 fr., mais il ne dépasse pas la quotité disponible de l'art. 1098 qui est de 44.000 fr.

Quelle est dans cette hypothèse la quotité disponible de l'art. 913 : elle diffère de la quotité disponible de l'art. 1098 quant à son montant ; mais (du moins quand cette dernière est égale au quart

mais aussi sur la part héréditaire du conjoint survivant établie par l'art. 767.

des biens) toutes deux doivent être calculées sur une masse formée selon les règles de l'art. 922.

Elle sera ici de 136.000 fr. (biens existants au décès) + 40.000 fr. (libéralité faite au conjoint réunie fictivement) = 176.000 fr. : 3 = 58.666.66 fr.

Nous avons deux quotités disponibles différentes : l'une de 44.000 fr., l'autre de 58.666.66 fr.

Appliquons les règles universellement reconnues en cas de concours des deux disponibles : 1° Les deux disponibles ne peuvent se cumuler, c'est-à-dire les libéralités ne peuvent excéder le disponible le plus élevé. 2° Chaque gratifié ne peut recevoir au delà de sa quotité disponible particulière.

Dans notre hypothèse le disponible le plus élevé est de 58.666.66 fr., or le de cujus après avoir disposé au profit de son conjoint de 40.000 fr. ne peut plus, à moins d'entamer sa réserve, disposer que de 58.666.66 fr. — 40.000 fr. = 18.666.66 fr.

Le légataire universel établi par le de cujus aura donc droit à 18.666.66 fr.

(Remarquons que quelle que soit la théorie que l'on admette sur le mode d'évaluation d'une libéralité en pleine propriété faite au conjoint, pour l'imputation de cette libéralité sur la part successorale en usufruit du conjoint, ce dernier ne pourra pas dans cette hypothèse exercer son usufruit légal, à moins d'entamer la réserve).

M. FOIRET applique, dans cette hypothèse, le système qui soutient que l'avantage matrimonial n'est pas une véritable libéralité; en effet, il ne fait pas apporter cet avantage pour le calcul de la quotité disponible, et ce qui est plus grave, il n'impute pas sur cette quotité l'avantage fait à l'époux, de sorte qu'il trouve que la quotité disponible du de cujus est entière et que le legs universel peut être exécuté intégralement!

Voici le résultat de son calcul :

La quotité disponible de l'art. 1098 est de 100.000 fr. + 36.000 fr. + 40.000 = 176.000 fr. : 4 = 44.000 fr. Le conjoint peut conserver la libéralité de 40.000 fr.

La quotité disponible de l'art. 913 est de 100.000 fr. + 36.000 fr. = 136.000 fr. : 3 = 45.333.33 fr. L'étranger légataire a droit à 45.333.33 fr.

De sorte que le défunt a pu donner 40.000 fr. + 45.333.33 fr. = 85.333.33 fr. alors que la masse des biens, formée conformément à l'art. 922 est de 176.000 fr. et qu'il y a deux enfants d'ux premier lit venant à la succession!

CHAPITRE DEUXIÈME

Déchéance de l'usufruit légal établie en faveur des descendants du défunt.

250. « En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse s'il existe des descendants du défunt. »

251. Lorsque l'époux jouissant d'une partie des biens de son conjoint décédé se remarie, le droit d'usufruit légal continue de subsister ; la loi le fait cesser seulement dans le cas où il existe des descendants du défunt.

La loi a donc ainsi protégé les enfants issus de la précédente union de l'époux usufruitier avec le défunt, et les descendants de ce dernier issus de mariages antérieurs.

252. Il y a au point de vue de cette déchéance une différence qui existe entre l'usufruit résultant de la loi du 9 mars 1891 et la jouissance accordée par la loi du 14 et 19 juillet 1866 au conjoint survivant en matière de propriété littéraire et artistique.

Aux termes de l'art. 1, § 2, de cette loi :

« Pendant une période de cinquante ans, à partir du décès de l'auteur, le conjoint survivant, quel que soit le régime matrimonial, et indépendamment des droits qui peuvent résulter en faveur de ce conjoint du régime de la communauté, a la simple jouissance dont l'auteur prédécédé n'a pas disposé par acte entre vifs ou par testament. Toutefois, si l'auteur

laisse des héritiers à réserve, cette jouissance est réduite au profit de ces héritiers, suivant les proportions établies par les art. 913 et 915 du Code Civil. Cette jouissance n'a pas lieu lorsqu'il existe au moment du décès une séparation de corps prononcée contre ce conjoint : *elle cesse au cas où le conjoint contracte un nouveau mariage*. Les droits des héritiers à réserve et des autres héritiers ou successeurs pendant cette période de cinquante ans restent d'ailleurs réglés conformément aux prescriptions du Code Civil. »

L'usufruit accordé par la loi de 1891 au conjoint survivant cesse donc en cas de second mariage, seulement dans le cas où il existe des enfants du défunt, tandis que l'usufruit de la loi de 1866 sur les droits d'auteur cesse quand le conjoint survivant se remarie qu'il y ait ou non des enfants du défunt. Or, il pourrait arriver qu'un auteur, un compositeur ou un artiste laisse dans sa succession d'autres biens que ses droits d'auteur, que les deux lois de 1866 et 1891 puissent être appliquées toutes deux ; que décider en cette circonstance ? « Les deux lois recevront simultanément leur application ; c'est-à-dire que lorsqu'il s'agira de la succession d'un auteur ou d'un artiste, pour ce qui concerne la propriété littéraire ou artistique, c'est spécialement la loi de 1866 que l'on appliquera, tandis que pour ce qui concerne le surplus de la succession, c'est le Code Civil qui réglera la dévolution de la succession » (1). En cas de second mariage du conjoint survivant d'un auteur, l'usufruit de la loi de 1866 cessera donc dans tous les cas, tandis que celui de la loi de 1891 ne cessera que s'il existe des descendants du défunt.

(1) M. LACOMBE au Sénat. Séance du Sénat du 2 déc. 1890. *Jour. Off.* page 1105.

253. Mais il faut remarquer que *l'usufruit qui ne peut plus être exercé par le conjoint survivant* quand il existe des enfants du défunt, *c'est l'usufruit légal et non pas l'usufruit conventionnel* (à moins de stipulation contraire, quand à ce dernier). C'est en vain que pour soutenir le contraire, on objecterait que la loi du 9 mars 1891 déclare « qu'en cas de nouveau mariage, l'usufruit (sans distinction), cesse s'il existe des descendants du défunt. »

La loi de 1891 ne statue pas sur la matière des dispositions entre vifs ou testamentaires, sur les clauses des contrats qui peuvent accorder au conjoint survivant quelque droit sur la succession de l'autre ; elle établit une succession ab intestat particulière, elle appelle, avec des distinctions, le conjoint survivant soit à la propriété, soit à la jouissance de tout ou partie de la succession de l'époux décédé ; or, si elle déclare cette jouissance éteinte lorsque l'époux survivant se remarie, alors qu'il existe des enfants du défunt, elle vise seulement l'usufruit successoral et non pas l'usufruit conventionnel.

254. Autrement dit : l'usufruit légal de l'art. 767 et l'usufruit conventionnel sont absolument distincts : ils proviennent de sources différentes, l'un résulte d'une donation ou d'un testament, il émane de la volonté du disposant, il constitue une libéralité ; l'autre constitue un véritable droit de succession, résultant de la loi. Ils sont donc indépendants l'un de l'autre.

255. Il résulte de ceci des conséquences importantes :

1° Lorsque l'art. 767 déclare l'usufruit éteint quand l'époux survivant se remarie alors qu'il existe des enfants

du défunt, il vise seulement l'usufruit successoral et non pas l'usufruit conventionnel (1).

2° L'époux survivant peut renoncer à l'usufruit conventionnel et s'en tenir à l'usufruit légal. Telle était bien d'ailleurs la volonté du législateur de 1891 puisqu'il a rejeté le premier texte adopté par le Sénat qui déclarait que le conjoint ne recueillerait pas d'usufruit en vertu du nouvel art. 767 quand ses droits auraient été réglés par des dispositions entre vifs ou testamentaires. Il a donc clairement indiqué par ce rejet qu'il entendait placer ce conjoint survivant dans la même situation que celle où se trouve tout successeur qui peut, à sa guise, renoncer aux libéralités du de cujus pour s'en tenir à ses droits héréditaires et vice versa (2).

3° Les causes d'extinction établies pour l'usufruit conventionnel sont sans influence sur l'usufruit légal. Et si nous supposons que l'époux décédé a fait à son conjoint survivant une libéralité en usufruit, sous la condition de ne pas se remarier, le conjoint survivant sera certainement déchu de cet usufruit par le fait de son convol, mais il conservera néanmoins le droit d'usufruit qui lui est accordé par la loi à titre héréditaire (s'il n'existe pas de descendants du défunt). Il y a d'ailleurs plusieurs raisons particulières d'adopter cette dernière solution : D'abord, si la clause de déchéance en cas de convol contenue dans une donation pouvait s'appliquer à l'usufruit légal, elle serait nulle comme constituant une renonciation conventionnelle à une succession future (art. 791 et 1130). Puis,

(1) En ce sens : Seine, 5 mai 1893, *J. Notariat*, 1893. P. 482 et 489.

(2) Bourges, 3 février 1896, D., 97. 2. 83.

ne semble-t-il pas difficile d'admettre qu'une libéralité puisse constituer une exhérédation pour celui qui en est gratifié ? (1).

256. L'art. 767 déclare l'usufruit successoral éteint en cas de nouveau mariage « lorsqu'il existe des descendants du défunt », il nous semble qu'une difficulté naît de ce dernier membre de phrase.

On sait que la disposition particulière établie dans l'alinéa 4 de l'art. 767 ne peut être mise en application que lorsqu'il y a des enfants d'un premier lit qui viennent à la succession (voir n° 237). Il pourrait donc arriver qu'il existât, en fait, des enfants d'un précédent mariage du défunt et que cependant le droit d'usufruit du conjoint survivant ne fût pas fixé par l'alinéa 4 ; par exemple, si tous les enfants du premier lit sont indignes de succéder à leur auteur. Cela se comprend facilement, car cette disposition en faveur des enfants d'un précédent lit a été établie à l'effet d'empêcher que l'usufruit du conjoint ne porte, pour une quotité trop élevée, sur les biens de personnes qui lui sont étrangères : il n'y a plus aucune raison d'appliquer cette disposition particulière lorsque ces étrangers ne recueillent aucun bien dans la succession sur laquelle porte l'usufruit du conjoint.

Supposons qu'un époux laissait lors de son décès des enfants d'un autre lit qui ne sont pas venus à la succession

(1) En ce sens Trib. Andelys, 25 juillet. 96, *Revue Notariat*, 1894, p. 131. — Bourges, 3 février 1896, D., 97. 2. 83.

En sens contraire : LAMACHE *op. cit.* n° 86. BAUDRY LACANTINERIE et WAHL, *Successions* t. 1, n° 806. VIGIÉ, *Revue critique*, 1896, p. 158 et 160.

Bourges, 29 mars 1897, D., 97. 2. 302.

pour cause de renonciation ou d'indignité, le montant de l'usufruit a été fixé à la moitié ; postérieurement le conjoint survivant se remarie, les enfants du précédent mariage du défunt vivent, existent encore, l'usufruit légal cessera-t-il ?

L'affirmative est certaine si l'on applique littéralement l'alinéa 10 de l'art. 767. Nous croyons cependant que juridiquement ce n'est pas la réponse qui doit être donnée à cette question. Examinons en effet quel est le véritable sens du mot *existe*. Dans l'alinéa 4, le législateur dit que le droit d'usufruit est de « si le défunt a des enfants », cette expression signifie : « si le défunt a des enfants d'un premier lit qui viennent à sa succession », les verbes « avoir » et « exister » employés à quelques lignes d'intervalle ont la même signification et dans l'alinéa 10 comme dans l'alinéa 4, le législateur a voulu exprimer l'idée que la disposition ne serait applicable que s'il y a, s'il existe des descendants héritiers du défunt. Ces dispositions ne seraient donc pas applicables si tous les descendants dont il s'agit avaient renoncé à la succession ou en avaient été déclarés indignes : car ils seraient censés n'avoir jamais été héritiers du de cujus. Il est indiscutable que la déchéance de l'alinéa 10 n'a été établie qu'au profit exclusif des enfants du défunt, or, si l'usufruit légal cessait lorsque tous ces descendants ne sont pas venus à la succession de leur auteur, la déchéance profiterait à d'autres qu'à ces derniers, car l'usufruit tend à se réunir à la nue-propriété, il ne passerait donc pas du conjoint survivant qui se remarie aux enfants dont il s'agit, il se réunirait à la nue-propriété

qui se trouve entre les mains des autres personnes qui sont venues à la succession du de cujus à l'exclusion des descendants.

Ce résultat ne doit pas se produire et l'usufruit légal du conjoint survivant ne doit cesser que lorsque des descendants du défunt (c'est-à-dire les enfants issus de ses précédents mariages ou de son mariage avec le conjoint usufruitier) doivent profiter de cette déchéance, et si aucun de ces descendants n'est venu à la succession de son auteur, l'usufruit établi par la loi de 1891 continuera de subsister au profit du conjoint survivant, lors de son second mariage, même si à cette époque il existe, en fait, un ou plusieurs descendants du défunt.

TITRE TROISIÈME

DE L'ALIÉNATION DES BIENS DOTAUX POUR L'ÉTABLISSEMENT DES ENFANTS D'UN PREMIER LIT.

257. En principe, les immeubles qui ont été constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement (art. 1554).

Le principe de l'inaliénabilité dotale souffre plusieurs exceptions.

L'une de ces exceptions a été édictée par le législateur au profit des enfants de la femme ; celle-ci peut en effet donner ses immeubles pour l'établissement de ses enfants. Mais il est nécessaire à ce sujet d'établir une distinction : S'agit-il des enfants issus du mariage existant actuellement ? L'aliénation peut avoir lieu, mais seulement avec l'autorisation du mari.

S'agit-il d'enfants issus d'une précédente union de la femme ? Celle-ci doit encore demander l'autorisation à son mari, mais sur le refus de ce dernier, elle peut s'adresser à la justice.

Voici les motifs de la situation privilégiée que la loi fait aux enfants du premier lit de la femme; d'abord, les garanties du régime dotal n'ont plus aujourd'hui pour but de conserver à la femme des ressources qui lui facilitent une nouvelle union, mais bien d'assurer la subsistance et l'avenir de la femme et des enfants (1). Or le législateur veillant particulièrement sur l'intérêt des enfants d'un premier lit, il était tout naturel que lorsque leur intérêt demande à ce que les biens dotaux soient aliénés, il accordât à la femme la faculté de les secourir.

D'autre part, si la loi décide que l'autorisation maritale peut être ou non suppléée par la justice, suivant les hypothèses, c'est que dans un cas il s'agit des propres enfants du mari, et la loi suppose qu'il ne refusera pas son autorisation injustement et sans motifs graves; au contraire lorsqu'il s'agit des enfants issus du premier mariage de la femme, il est à craindre que le mari ne se montre partial, vindicatif et n'oppose sans motifs, son veto à la dotation d'enfants dont il n'est que le parâtre.

Voyons quelles sont les *conditions*, le *mode d'exercice*, le *but* de cette aliénation et au *profit de qui*, la femme peut exercer la faculté qui lui est conférée par l'art. 1555.

I. — CONDITIONS DE L'ALIÉNATION DU BIEN DOTAL.

258. La femme doit pour aliéner son immeuble dotal obtenir l'autorisation de son mari. Mais si le mari refuse,

(1) BERLIER dans l'exposé des motifs. FENET, t. 13, page 682.

ou ne peut la donner parce qu'il est absent ou incapable, la femme doit recourir à la justice.

259. La justice appelée ainsi à statuer sur la demande de la femme peut ne pas accorder l'autorisation, elle conserve toute liberté d'appréciation à cet égard : elle examinera si la femme possède une fortune assez considérable pour doter aussi largement qu'elle prétend le faire, si les enfants n'ont pas une fortune personnelle qui leur permette de se procurer un établissement, si la femme ne pourrait pas les doter sur ses biens paraphernaux. Le tribunal, remplissant le rôle tutélaire que la loi lui a confié repoussera complètement la demande d'aliénation ou bien ne l'accordera que dans une certaine mesure (1).

260. Quand la femme a recouru à l'autorisation de justice pour donner un bien dotal à son enfant, elle doit réserver la jouissance de ce bien à son mari ; ce dernier reste obligé de fournir des aliments aux enfants du premier lit qui sont dans le besoin, du moins dans la proportion des ressources que cette jouissance lui laisse : l'entretien de tous les enfants indistinctement, est, en effet, une des charges auxquelles est soumise la jouissance du mari sur les biens dotaux (2).

II. — MODE D'EXERCICE DE LA FACULTÉ CONFÉRÉE A LA FEMME PAR L'ART. 1555.

261. Si l'on s'attache littéralement aux expressions de l'art. 1555, on en conclura que la femme peut seulement

(1) GUILLOUARD, *Du Contrat de Mariage*, t. 4, n° 1989. RODIÈRE et PONT, t. 3, n° 1790.

(2) RODIÈRE et PONT. t. 3, n° 1790.

donner ; et l'on soutient en effet que les dispositions qui autorisent l'aliénation de la dot doivent être interprétées restrictivement : l'art. 1555 désigne seulement la donation comme mode d'aliénation, il faut conclure que la loi qui permet de *donner*, ne permet pas de vendre (1) ou d'hypothéquer (2).

262. Il nous semble préférable de soutenir que la faculté accordée à la femme peut s'exercer soit directement au moyen de la donation entre vifs, soit indirectement par la vente, ou par un engagement.

Et en effet : En principe les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués (art. 1554) : et l'impossibilité d'hypothéquer édictée par cet article ne doit pas être considérée comme une conséquence de l'impossibilité d'aliéner, car depuis des siècles la science juridique considère la possibilité d'hypothéquer comme plus importante que celle d'aliéner, par conséquent la faculté d'aliéner ne contient pas celle d'hypothéquer.

Or les art. 1555, 1556, 1557, 1558 qui apportent des exceptions au principe posé par l'art. 1554 ne contiennent littéralement que la faculté d'aliéner ou de donner : par conséquent ces articles n'accordent pas la faculté d'hypothéquer ; les époux ne pourront même pas stipuler cette dernière faculté, et la justice ne pourra pas les autoriser à en user ! Ce raisonnement montre qu'il ne faut pas

(1) Caen, 24 nov. 1873. S., 74. 2. 134. — Pau, 2 mars 1874. Pand. franç. V., 2. 119. S., 75. 2. 147.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. 6, n° 228 bis, IV.

Poitiers, 17 juillet 1838. S., 39. 2. 233. — Amiens, 1^{er} août 1840. S., 42. 2. 431.

rechercher la théorie du Code dans les expressions littérales qu'il a employées, mais plutôt dans son esprit.

Le législateur après avoir posé une règle dans l'art. 1554 a, dans les quatre articles suivants, indiqué les hypothèses où pourrait disparaître la prohibition édictée par cet art. 1554, où l'on pourrait aliéner et hypothéquer les biens dotaux : il a, il est vrai,, employé dans deux de ces articles l'expression « donner » Mais c'est parce que c'est la voie ordinaire de la dotation des enfants qui se marient. Son intention était d'appliquer une règle égale pour toutes les exceptions, sans distinction entre les unes et les autres. Ceci résulte évidemment des termes qu'il a employés lors de la discussion des articles qui nous intéressent ; alors, en effet, lorsqu'il traitait des exceptions à apporter au principe de l'inaliénabilité des biens dotaux, il ne s'est pas servi de l'expression « donner » mais toujours des mots « aliéner » « aliénation » (1).

Au point de vue de l'étendue de la dérogation faite au principe, le législateur n'avait donc pas l'intention de faire de distinction entre les différentes exceptions.

Or, il est indiscutable que dans les art. 1557 et 1558 il voulait autoriser l'aliénation et l'hypothèque des biens dotaux (quoiqu'il n'ait employé que l'expression aliéner), par conséquent la dérogation permise par les art. 1555 et 1556 doit avoir la même étendue.

D'ailleurs, l'établissement des enfants d'un premier lit et des enfants communs n'est-elle pas la cause la plus

(1) BERLIER au corps législatif, Séance du 10 pluviôse an XII. FENET, t. 13, page 582. DUPEYRIER au Tribunal, lors de la Communication officielle, le 19 pluviôse, au XII, FENET, t. 13, page 757.

favorable parmi toutes celles qui justifient l'aliénation du fonds dotal, puisque c'est justement la destination naturelle des biens dotaux ?

Il faut donc décider que la femme peut, pour l'établissement de ses enfants d'un premier lit, non seulement *donner* mais *vendre* ses immeubles ou les donner en garantie, par exemple les hypothéquer (1).

III. — BUT DE L'ALIÉNATION DU BIEN DOTAL.

263. La femme peut d'après l'art. 1555 « donner ses biens dotaux pour *l'établissement* des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur. »

264. Il faut entendre par le mot « établissement » non seulement l'établissement par mariage, mais encore toute position qui doit selon les apparences procurer aux enfants les moyens de se suffire à eux-mêmes, qui doit leur assurer une existence indépendante de leurs parents, leur créer une situation nouvelle et meilleure (2).

Par exemple : l'acquisition d'un office (3) ; la création ou l'acquisition d'un fonds de commerce (4) ; les divers

(1) En ce sens, AUBRY et RAU, t. 5. § 537, page 585-586, texte et notes 107-108. RODIÈRE et PONT, t. 3, n° 1794. GUILLOUARD, *Du contrat de mariage*, t. 4 n° 2000. BAUDRY LACANTINERIE, t. 3, n° 391. MARCADÉ sur l'art. 1555 n° 4. LAURENT, t. 23. n° 523.

Lyon, 28 avril 1875, D., 77. 2. 179. S., 75. 2. 322. Cass. — 23 juin 1880, D., 80. 1. 442. S., 81. 1. 78. — Toulouse, 10 mai 1893 précité.

(2) AUBRY et RAU, t. 5 § 537, page 585 texte et note 105. RODIÈRE et PONT t. 3, n° 1793. GUILLOUARD *op. cit.* t. 4, n° 1995. MARCADÉ sur art. 1555 et 913. BAUDRY LACANTINERIE *loc. cit.* LAURENT, t. 23, n° 522.

(3) Nîmes, 7 juin 1860. S., 60. 2. 34.

(4) Lyon, 3 mars 1893, *La loi*, 29 mai 1893.

déboursés que peuvent nécessiter l'installation, le cautionnement, les avances (1), et les dépenses nécessaires pour assurer le bon fonctionnement et la mise en exploitation : la pension à payer à l'école Polytechnique, à l'École Saint-Cyr (2), et à toutes les autres où les élèves ont la certitude morale d'avoir un emploi à leur sortie; les frais faits pour donner aux enfants une éducation complète et spéciale qui leur donne des moyens d'existence immédiats: études médicales, études musicales complètes permettant d'embrasser la carrière de compositeur ou d'artiste (3).

Mais comme nous le disions plus haut, il faut que les frais que la mère a l'intention de faire puissent donner à l'enfant ce que l'on appelle une « position » représentant de sérieuses garanties d'avenir (4), et l'on ne pourrait considérer comme frais d'établissement, ceux qui auraient pour objet des essais ou des spéculations passagères (3), ou encore les frais d'éducation : car l'enfant instruit n'est pas capable pour cela de se suffire à lui-même.

Il faut aussi pour que l'article 1555 puisse s'appliquer, que la femme veuille établir son enfant et non pas améliorer la situation de son enfant déjà établi (5), ainsi ne constituerait pas un établissement : le partage anticipé qui n'est fait que pour ajouter à l'aisance des enfants alors qu'ils sont déjà mariés et dotés et qu'ils

(1) Cass. 24 oc. 1892, D., 92. 1 620. S., 92. 1. 574.

(2) Nîmes, 5 nov. 1890. Pand. franç., 91. 2. 126.

(3) GUILLOUARD, *loc. cit.*; RODIÈRE et PONT, *loc. cit.*

(4) Seine, 29 ma 1882, *Gaz. Pal.*, 82. 1. 585.

(5) Toulouse, 31 déc. 1883, D., 84. 2. 81. S., 84. 2. 113.

jouissent d'un avoir en rapport avec leur position sociale (1); le cautionnement donné par la mère pour assurer le paiement des dettes d'un établissement en plein exercice appartenant à son fils (2); l'extension qu'elle voudrait donner au crédit ou aux opérations d'un commerce déjà exploité par l'enfant (3).

En tous cas la question de savoir si la donation a bien pour but l'établissement de l'enfant tel que le prescrit l'art. 1555 est une question de fait, soumise absolument à l'examen de la cour d'appel, dont l'appréciation à ce sujet ne tombe pas sous le contrôle de la Cour de Cassation (4).

IV. — AU PROFIT DE QUI L'ART. 1555 PERMET L'ALIÉNATION DES BIENS DOTAUX.

« *Au profit des enfants d'un mariage antérieur* ».

265. Ici se représentent la plupart des questions que nous avons examinées en étudiant l'expression « Enfants d'un autre lit » contenue dans l'art. 1098 (voir n^{os} 91 et suiv.). Ce terme « enfant » est générique et comprend aussi les petits-enfants (4). Il ne s'agit que d'enfants légitimes ou légitimés, (non pas d'enfants adoptifs ou naturels (5), nés de la précédente union ou de l'une des

(1) Montpellier, 5 juin 1872, D., 73. 2. 62. S., 72. 2. 112. *Rev. not.*, n^o 4120.

(2) Cass., 18 avril 1864, D., 64. 1. 209. S., 64. 1. 174.

(3) Bordeaux, 29 août 1849, D., 52. 2. 15. S., 50. 2. 467.

(4) Nîmes, 5 nov. 1890, *Pand. franç.*, 91. 2. 126.

(5) En sens contraire : GUILLOUARD, t. 4, n^o 1994.

précédentes unions, mais non d'un mariage antérieur que les deux époux auraient déjà contracté entre eux, mariage qui aurait été brisé par le divorce. A ces derniers enfants on appliquerait l'art. 1556.

266. L'aliénation de la dot serait-elle possible pour l'établissement des petits-enfants de la femme quand les enfants du premier degré sont encore vivants ?

Nous le croyons (1), car le texte et l'esprit de l'article exigent cette solution. La loi, en effet, par le mot « enfants », entend parler de tous les descendants d'un mariage précédent. Or, rien ne peut faire supposer qu'elle veuille subordonner l'application de sa disposition à cette circonstance, que les petits-enfants ne puissent plus s'adresser à d'autres ascendants pour obtenir la somme nécessaire à leur établissement. Il peut arriver que le père ou la mère de l'enfant ne puisse ou ne veuille pas doter cet enfant : n'est-il pas conforme au but pour lequel la loi a entouré la dot de garanties spéciales que les biens dotaux de la grand'mère servent à l'établissement de ses petits-enfants ?

(1) En ce sens : GUILLOUARD, t. 4, n° 1994.



INDEX BIBLIOGRAPHIQUE.

Annuaire de législation française. Étude de Léon Lallemant, (1890).

AUBRY et RAU. — Cours de Code Civil, 4^e Édition.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 4^e édition.

BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES. — Du Nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Des successions.

BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES FOURCADE. — Des personnes.

BAUDRY-LACANTINERIE et Maurice COLIN. — Des donations entre vifs et des testaments.

BERTAULD. — Questions de Code Napoléon, 11^e Série.

BONNET ARMAND. — Dispositions par contrat de mariage.

BOUTRY-BOISSONNADE. — Donations entre époux.

CARRÉ et CHAUVEAU. — Lois de la Procédure civile, 4^e Édition.

DALLOZ. — Recueil périodique : Notes de Beudant (1870), Jules Janet (1876), Labbé (1887), Planiol (1891), de Loynes (1891). Répertoire de législation et son supplément.

DEMANTE, continué par COLMET DE SANTERRE.

DE FOLLEVILLE. — Du contrat de mariage.

DEFRÉNOIS. — Traité formulaire du notariat.

DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 7^e Édit.

DOMAT. — Lois civiles. Édition Rémy.

DUTRUC. — Supplément aux lois de la procédure civile de Carré et Chauveau.

- FENET. — Recueil des travaux préparatoires du Code civil.
- GUILLOUARD. — Contrat de mariage.
- HUG. — Commentaire de Code Civil.
- Journal du Notariat*, années 1891, 1892, 1893, 1897.
- Journal officiel*, années 1888, 1889, 1890.
- Journal du Palais*. Note de Labbé (1882).
- LAMACHE. — Commentaire de la loi du 9 mars 1891, 2^e édition, Marchal et Billard, 1895.
- LAURENT. — Principes du Code Civil.
- LAUTH. — De la quotité disponible entre époux.
- Lois nouvelles*. — Recueil de législation et de jurisprudence, année 1895.
- MARCADÉ. — Explications du Code Civil, 7^e Édition.
- MOURLON. — Répétitions écrites, 3^e Édition.
- Pandectes françaises*. — Répertoire de législation et de jurisprudence. Recueil périodique : Notes de Beauchet (1893), J. Lefort (1894), H. Bouilly (1896).
- POTHIER. — Édition Bugnet.
- PROUDHON. — De l'usufruit, 2^e Édition.
- Revue du Notariat*, 1891, 1894, 1895.
- Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*. — Étude de Bouvier Bangillon, (1892).
- Revue critique de législation et de jurisprudence*. — Études de Bertauld (1869), Testoud (1891), Charmont (1891), Zeglicki (1892). Vigie (1896),
- RODIÈRE et PONT. — Contrat de mariage.
- RODIÈRE. — Cours de compétence et de procédure en matière civile, 4^e Édition.
- SIREY. — Note de Bourcart (1891 et 1892). Naquet (1891), Biville (1896).
-

TABLE DES MATIÈRES.

	Pagos.
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE.

De la protection de la personne des enfants issus d'un premier lit en cas de second mariage.....	17
 TITRE PREMIER. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE...	18
CHAPITRE PREMIER. — Second mariage du père....	18
CHAPITRE SECOND. — Second mariage de la mère...	23
§ 1. Attributs de la puissance paternelle enlevés à la mère remariée.....	24
§ 2. Attributs de la puissance paternelle conservés à la mère remariée.....	25
 TITRE SECOND. — DE LA TUTELLE.....	33
CHAPITRE PREMIER. — Second mariage du père....	34
CHAPITRE SECOND. — Second mariage de la mère...	35
§ 1. Cas d'application de l'art. 395.....	35
§ 2. La mère tutrice a convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.....	38
§ 3. La mère n'a pas convoqué le conseil de famille.....	50
§ 4. Caractère de la perte de la tutelle par la mère remariée.....	61
§ 5. Voies de recours contre les décisions prises par le conseil de famille en notre matière	65

CHAPITRE TROISIÈME. — Influence des secondes noces sur le droit de choisir un tuteur...	70
CHAPITRE QUATRIÈME. — Disparition du survivant des père et mère remarié tuteur de ses enfants d'un premier lit.....	73
TITRE TROISIÈME. — DE LA GARDE DES ENFANTS EN CAS DE DIVORCE.....	79
CHAPITRE PREMIER. — Second mariage du gardien.	
CHAPITRE SECOND. — Disparition du gardien remarié.....	80
§ 1. Les deux époux divorcés vivent encore.....	81
§ 2. L'un des époux divorcés est décédé ou a été déclaré absent.....	83

SECONDE PARTIE.

Des intérêts pécuniaires des enfants issus d'un premier lit, en cas de second mariage	85
TITRE PREMIER. — DE LA RÉSERVE ÉTABLIE EN FAVEUR DES ENFANTS D'UN PREMIER LIT.....	86
CHAPITRE PREMIER. — Caractère de la disposition de l'art. 1098.....	87
§ 1. La disposition de l'art. 1098 est une règle d'indisponibilité réelle.....	89
§ 2. La disposition de l'art. 1098 est une règle d'ordre public.....	96
CHAPITRE DEUXIÈME. — Personnes auxquelles s'applique l'art. 1098.....	98
CHAPITRE TROISIÈME. — Dispositions auxquelles s'applique l'art. 1098.....	103
§ 1. Toutes les dispositions directes contenant un avantage au profit du nouvel époux.....	104
§ 2. Toutes les dispositions indirectes.....	105
N° 1. Définitions.....	106
N° 2. Dispositions indirectes soumises à l'art. 1098....	108
N° 3. Exemples de ces dispositions indirectes.....	114

1. II. III. Assurances sur la vie.....	114
IV. Avantages indirects résultant des conventions matrimoniales, 1 ^o de la communauté; 2 ^o de la communauté conventionnelle; 3 ^o les avantages résultant des conventions matrimoniales sont considérés comme de véritables libéralités à l'égard du nouvel époux d'une personne remariée ayant des enfants d'un premier lit; 4 ^o Avantages matrimoniaux non considérés comme des libéralités.....	118
CHAPITRE QUATRIÈME. — Montant de la quotité disponible établie par l'art. 1098.....	
§ 1. Enfants qui doivent faire nombre pour la détermination de la part d'enfant.....	146
§ 2. Masse des biens sur laquelle doit être calculée la part d'enfant.....	149
I. Une libéralité a été faite, sans préciput, à l'un des enfants et au nouveau conjoint.....	149
II. Une libéralité a été faite à l'un des enfants par préciput ou à un étranger et au nouveau conjoint..	151
III. Une libéralité a été faite seulement au nouveau conjoint.....	154
§ 3. Montant de la quotité disponible à l'égard des conjoints successifs d'une personne ayant des enfants de lits précédents.....	169
§ 4. Caractère de la disposition d'une part d'enfant.....	172
CHAPITRE CINQUIÈME. — Rapport du disponible de l'article 1098 avec le disponible des art. 1094 et 913.....	
§ 1. Concours des disponibles des art. 913 et 1098.....	180
§ 2. Concours des disponibles des art. 1098 et 1094.....	185
CHAPITRE SIXIÈME. — Sanction de l'art. 1098.....	
§ 1. De l'action en réduction.....	190
N ^o 1. Qui peut exercer l'action en réduction.....	190
N ^o 2 Contre qui et au profit de qui peut être exercée l'action en réduction. Entre quelles personnes doit être réparti l'excédant résultant de la réduction.....	196
N ^o 3. Contre quelles libéralités peut être exercée l'action en réduction. Preuve en matière de libéralité indirecte d'usufruit ou de rente viagère.....	218

§ 2. De l'action en nullité.....	227
N° 1. Caractère de l'action, par qui elle peut être exercée	228
N° 2. Preuve du déguisement de l'acte ou de l'interposition de personnes.....	234
TITRE SECOND. — SITUATION SPÉCIALE DES ENFANTS D'UN PREMIER LIT EN FACE DE L'USUFRUIT LÉGAL DU CONJOINT SURVIVANT.....	
242	
CHAPITRE PREMIER. — Montant de l'usufruit du conjoint survivant en présence d'enfants d'un précédent mariage de l'époux décédé.	
243	
§ 1. Personnes auxquelles s'applique l'alinéa 4 de l'art 767	244
§ 2. Montant de l'usufruit établi par l'alinéa 4.....	246
§ 3. Masse des biens sur laquelle doit être calculé le droit d'usufruit.....	248
CHAPITRE DEUXIÈME. — Déchéance de l'usufruit légal en faveur des descendants de l'époux décédé.....	
255	
TITRE TROISIÈME. — DE L'ALIÉNATION DES BIENS DOTAUX POUR L'ÉTABLISSEMENT DES ENFANTS D'UN PREMIER LIT.....	
262	
I. — Conditions de l'aliénation du bien dotal.....	263
II. — Mode d'exercice de la faculté conférée à la femme par l'art. 1555.....	265
III. — But de l'aliénation du bien dotal.....	267
IV. — Au profit de qui l'art. 1555 permet l'aliénation des biens dotaux.....	269
Vu :	Vu :
<i>Le Doyen de la Faculté,</i>	<i>Le Président de la Thèse,</i>
GARSONNET.	MASSIGLI.
Vu	
et permis d'imprimer :	
<i>Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,</i>	
GRÉARD.	

